كتاب القضاء

تصنيف

الفقيه المحقق الكبير

الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

المتوفى سنة ١٣١٢هـ

الجزء الثاني

كتاب القضاء

تأليف

الفقيه المحقق والاصولي المدقق

الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

(١٢٣٤ - ١٣١٢)

(الجزء الثاني)

تحقيق

السيد احمد الحسيني

من منشورات
دار القرآن الكريم
(قم - ايران)

مطبعة الخيام - قم

(١٤٠١ هـ)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين ، محمد سيد الاولين والاخرين ، وعلى آلـه وذريته الطيبين الطاهرين . واللعنة الدائمة على أعدائهم الى يوم الدين .

القول في الشاهد واليمين

يبحث فيهما عن جهات في ضمن التقاطات :

التقــاط

[القضاء بالشاهد واليمين والدليل عليه]

يقضى بالشاهد واليمين في الجملة بالاجماع بـل بالضرورة ، والروايات عليه من طرق العامة والخاصة مستفيضة. ومن طرق الخاصة مارواه عبدالرحمن ابن الحجاج قال : دخل الحكم بن عيينة وسلمـة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال :قضى به رسول الله «ص» وعلي «ع» بالكوفة فقالا : هذا خلاف القرآن . فقال : وأين وجدتموه خلاف القـرآن ؟ فقالا : ان الله تبارك وتعالى يقول « وأشهدوا ذوي عدل منكم »[1] . فقال عليه السلام لهما: فقوله « وأشهدوا ذوي عدل منكم » هو أن لاتقبلوا شهادة واحد ويميناً[2] .

نقول : لعلهما ماقرءا القرآن حتى يعلما موضع هذه الاية. فانها وردت في

---

(١) سورة الطلاق : ٢ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح٦ .

الطلاق ولم يقل فيه أحد بكفاية شاهد ويمين. ولو قرءا قوله تعالى « واستشهدوا الشهيدين من رجالكم »[1] كان أحسن. وحينئذ فالجواب :أولا ماأشار اليه الامام بطريق الانكار والرد . أعني عدم دلالتها على عدم قبول شاهد ويمين . وثانياً ان الامر في هذه الاية للارث أولان ترك الاشهاد في معرض الوقوع في النزاع.فلا مساس له بالمقام أعني عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين .

فان قلت : لو كان هذا كافياً لما كان وجه لاعتبار التعدد في الشاهد ، اذ الشاهد الواحد حينئذ يكفي في الفرار عن خوف ذهاب الحق .

قلنا : أولا ان التعدد في الشاهد يمنع من انكار المشهود عليه دون الوحدة. وثانياً ان التعدد آكد في مقام الزام الخصم. فيكون ذكره في مقام الارشاد أولى مما هو دونه في الالزام ــ أعني الشاهد .

ثم قال عليه السلام : ان علياً «ع» كان قاعداً في مسجد الكوفة فمر به عبدالله ابن قفل التميمي ومعه درع طلحة ، فقال له علي : هذه درع طلحة أخذ يوم البصرة غلولا . فقال له عبدالله بن قفل : فاجعل بيني وبينك قاضيك الذي نصبته للمسلمين . فجعل بينه وبينه شريحاً . فقال له علي عليه السلام :هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة . فقال له شريح : هات على ماتقول بينة . فأتاه بالحسن «ع» فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال : هذا شاهد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر . قال : فدعا قنبرا فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك. قال :فغضب«ع» وقال : خذها فان هذا قضى بالجور ــ ثلاث مرات ــ فقال له :ويلك أوويحك اني لماأخبرتك انها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة

(١) سورة البقرة : ٢٧٢ .

فقلت هات على ماتقول بينة وقدقال رسول الله صلى الله عليه و آله :حيث ماوجد غلول أخذ بغير بينة (١) .

نقول : الغلول دخول شيء في شيء بالرفق كدخول الماء في الشجر ، والغلول هنا مال عن الغنيمة أخذ على نحو يشبه بالسرقة قبل القسمة .

ومعنى قوله صلى الله عليه وآله ان مدعي أخذ الغنيمة يصدق بلا بينة ولا يمين بعد معلومية كونه من الغنيمة . وأما مع الشك فيه وكون الدعوى في أصل كونه من الغنيمة فلا معنى لاخذه بلا بينة . وحينئذ فالحكم على طبق القواعد ، لان مدعي كونها على غير وجه الغلولية مدعي مطالب بالبينة لموافقة قول منكره للاصل بل الاصول .

ووجه استشهاد الامام عليه السلام في درع طلحة بقول رسول الله «ص» أنه لما كان كون الدرع درع طلحة وكونه من الغنيمة أمراً معلوماً وكان دعواه عليه السلام أنه أخذ غلولا ـ يعني بدون اذن الامام وتقسيم الغنيمة ـ كان مطالبة البينة منه عليه السلام قضاءا جورياً .

ثم قال عليه السلام : فقلت لم يسمع هذا الحديث فهذه واحدة ، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت هذا واحد ولاأقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر ، وقد قضى رسول الله «ص» بشاهد واحد ويمين فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت هذا مملوك ولاأقضي بشهادة مملوك ولابأس بشهادة المملوك اذا كان عدلا ، ثم قال : ويلك أو ويحك امام المسلمين يؤمن من أمورهم على ماهو أعظم من هذا .

صدق الله العلي العظيم وصدق رسوله الكريم ووجهه العليم .

(١) نفس الحديث السابق وبقيته .

التقــاط

[هل الشاهد واليمين معاً حجة للمدعى ؟]

هل الشاهد واليمين هما معاً حجة للمدعي، أو أن الحجة هو الشاهد واليمين شرط ، أو العكس ؟

قيل : وتظهر الفائدة في الغرم وقدره مع رجوع الشاهد : فعلى الاول يغرم الشاهد النصف ، وعلى الثاني الكل ، ولايلزم شيئاً على الثالث .

استدل على الاول بظاهـر النصوص الدالة على توقف القضاء بهما معـاً ويتوقف كل منهما على الاخر . فيكون الحجة مركبة منهما .

وعلى الثاني بأن اليمين قول المدعي فلا يكون حجة على المنكر بل هو شرط كيمين الاستظهار . والاولى الاستدلال عليه بنحو «البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بعد دعوى صدق البينة على الشاهد الواحد كصدقها على أربعة مثلا ، فان الشاهد يكون حينئذ كالشاهدين في الحجية وان اشترط بشيء كالبينة في الدعوى على الميت .

وعلى الثالث بأن اليمين جـزء آخر للعلة فيكون هو الحجـة . والاولى الاستدلال عليه بأن الشاهد انما هو لتقوية جانب المدعي وصيرورة المقام به مقام احلاف المدعي ، اذ عرفت سابقاً أن الحلف انما هو على من يقوي جانبه منكراً كان أو مدعياً . وان اختصاص المنكر به غالباً انما هو لقوة جانبه للاصل ، فلو قوى جانب المدعي لامارة نوعية أو شخصية انقلب الامر . والشاهد الواحد ليس من موازين القضاء أبداً . وانما فائدته تقوية جانب المدعي ليحلف . فالحلف هو الحجة بحكم قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » (١) ، وانما يحتاج في استعماله الى الشاهد ليصير المقام مقامه .

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

وكيف كان فلا جدوى في هذا النزاع وما ذكره من الثمرة بل واضح ، لان الحلف سواء كان شرطاً أوشطراً أو مشروطاً فله مدخلية في الحكم وسبب في الاتلاف على المحكوم عليه ، وهذا القدر يكفي في ضمان الحالف للنصف ، لان تأثير المقتضي والشرط في مسألة الضمان على نحو واحد وان كان تأثير الاول آكد ، وهو واضح .

التقاط

| لو قدمت اليمين على الشاهد وقعت لاغية |

يشترط في الشاهد واليمين تقديم الشاهد على اليمين وتعديله ، بلاخلاف موجود بيننا . فلو قدمت اليمين وقعت لاغية .

والاصل في المسألة بعد الاجماع هو الاقتصار فيما خالف الأصل على القدر المتيقن ، ولم يثبت في الشاهد واليمين الا ذلك . ويؤيده الترتيب الذكري في أخبار المسألة ، وليس في الأدلة اطلاق في المقام ، لورودها في مقام أصل تشريع الشاهد واليمين .

وربما يذكر له بعض الوجوه والاعتبارات قابلة للمناقشة ، مثل مافي المسالك من كون الحجة هو الشاهد واليمين متممة له ووظيفة المتمم التأخير ، ومثل ماعن كشف اللثام من أن الشاهد يوجب تقوية جانب المدعي فيحلف كالمنكر ، فقبل قيام الشاهد لامورد للحلف . والوجه الاول مبني على كون الحجة الشرعية هو الشاهد واليمين شرطاً . والثاني على العكس ، وشيء منهما ليس بثابت ، وان ذكرنا للاخير وجهاً في الالتقاط السابق .

نعم يمكن أن يكون سر ماذهب اليه الاصحاب هو ظهور أدلة الحلف في أنه لابد أن يكون الحلف بعده الحكم . فلو قدم على الشاهد لم يقع الحكم

بعده . وهو موافق للاعتبار أيضاً ، لان قضية التعظيم عدم تخلف الحلف عن القضاء ، وهو انما يتم اذا كان جزءاً أخيراً للميزان أو بمنزلة الجزء الاخير، اذ لو كان الجزء الاول فربما لايلحقه الجزء الاخير فلا يتعقبه حكم .

وقد استفدنا من الادلة نحو قوله « من حلف بالله فصدقوه »[1] خلاف ذلك، والامر فيه سهل بعد وضوح أصل الحكم .

التقـاط

(في مورد الشاهد واليمين ومقام استعمالهما)

اعلم أن الدعوى اما أن تكون في شيء متعلق بالله سبحانه ويسمى بحق الله أو في أمر متعلق بالادمي ويسمى بحق الناس . والاول مثل رؤية هلال رمضان ونحوها من الموضوعات التي تستتبع أحكاماً شرعية . والثاني على أقسام أربعة :

الاول : أن لايكون مالا ولا مستتبعاً لمال كحق القذف .

الثاني : أن يكون بالانحصار .

الثالث : أن يكون غير مال مستتبعاً للمال .

وهذا أيضاً على قسمين : أحدهما ماكان المقصود الاصلي منه مالا كالبيع والصلح وحق الخيار وحق الشفعة ونحوها ، والثاني مالم يكن كذلك وان استتبع المال دائماً كالنكاح اذا كان المدعي مرأة أو أحيانـاً كالقصاص فانه قد يستتبع مالا . كما اذا كان على المقتضى منه ديون مؤجلة بناءاً على كون الموت سبباً لتعجيل ماعلى الميت من الديون .

اذا تحقق ذلك فالقسم الاول ـ وهو حق الله المحض ـ لايثبت بالشاهد

(١) الوسائل ج١٦ باب وجوب الرضا باليمين من كتاب الايمان ح١ بلفظ «من حلف بالله فليصدق » .

واليمين ، اذ المحلوف له انما هو الله تعالى ولافائدة بالنسبة الى الله تعالى كما مر سابقاً ، ولعل هذا اجماعي عندنا .

وأما باقي الاقسام ففي ثبوتها بها مطلقاً أو التفصيل بين الحق الغير المالي المحض وبين ماعداه فيثبت الثاني مطلقاً دون الاول واختصاص الحكم بخصوص الديون من قسم الحقوق المالية . وجوه واحتمالات :

(أما الاول) فلم نجد قائلا به الا أن اطلاق كثير من الادلة يقتضيه :

ومنها ــ حديث استخراج الحقوق بأربعة بناءاً على ماهو الظاهر في مقابلة الجمع بالجمع من الاستغراق(١) ، بمعنى ثبوت كل واحد من الحقوق بكل واحد من الاربعة ، خصوصاً بعد ملاحظة مافيه من بعض الشواهد ، حيث اشتمل على ذكر الاربعة بنحو الترديد والترتيب المشعرين بصلاحية كل مقام لمجيء الاربعة بعد فقد الاول ثم الاول .

لكن ورد في مقابلها أدلة مقيدة لاطلاقها بخصوص الدين ، مضافاً الى ما في خصوص حديث الاستخراج من قابليته للاهمال ووروده في مقام أصل بيان جنس الموازين في جنس الحقوق لافي مقام بيان تمام الحكم .

منها ــ الجعفري : كان رسول الله «ص» يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يكن يجيز في الهلال الا شاهدي عدل(٢) . دل بظاهره على انحصار موردهما بالدين .

لايقال : هذه حكاية حال لاتدل على أزيد من كون الصادر من الرسول «ص» هو القضاء بها في خصوص الدين ، ومن أين يستفاد الحصر ، لان عدم قضاء الرسول في غيره لايدل على عدم جواز القضاء بهما فيه .

(١) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح١ .
(٢) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

لانا نقول: ليس المراد أن الرسول قضى بهما في الدين دون غيره فلايجوز ضرورة عدم اقتضائه لذلك ، بل المراد أن كلام الامام « ع » مسوق لبيان شرعية القضاء بهما وبيان موردهما ، والا فلا جدوى في ذكر الدين وان كان الصادر من الرسول « ص » هو القضاء بهما فيه خاصة ، اذ ليس في بيان جميع خصوصيات الامر الواقع فائدة .

وأيضاً في لفظ «كان» دلالة على بيان ماعليه عادة الرسول لاماوقع في زمانه صلى الله عليه وآله .

ومنها ــ الجعفري أيضاً . وفيه : فكان رسول الله «ص» يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق ، وذلك في الدين[1] .

ودلالته أوضح ،لان ظاهرقوله عليه السلام « وذلك في الدين » بيان ماشرع فيه القضاء بهما لاماوقع فيه قضاء الرسول « ص » .

ومنها ــ قوله عليه السلام أيضاً : قضى رسول الله « ص » بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده[2] .

وهو أظهر دلالة منهما ، لمكان لفظة « وحده » الظاهرة أو الصريحة في الاحتراز عما عدا الدين .

وحمله على بيان ماوقع فيه قضاء الرسول « ص » ركيك قريب باللغو في كلام الامام عليه السلام ، اذ بيان أن الرسول ماقضى بهما في غير الدين لو لم تكن لتحديد محلهما وموردهما من الدعاوي ، لم يتصور له فائدة مصححة لصدوره من الامام « ع » .

ثم لا يتوهم أن المثبتين لايقيد فيهما ، لان المثبتين في الاحكام الوضعية ،

(١) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح٥ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح١٠ .

خصوصاً اذاكان المقيد فيمقام التحديد . واعطاء الميزان يقيد مطلقهما بالمقيد . فظهر أن احتمال ثبوت كل حق آدمي ولو الغير المالي بهما لامجال له .

ثم نقول : ان المراد بالدين ليس هو الدين بالمعنى الاخص ، أعني الامر الثابت فيالذمة بعد خروج مثل الانفاق على واجب النفقة ونحوها من الحقوق المالية الغير المستقرة في الذمة ، وكذا خروج مثل البيع والصلح ونحوهما من أسباب الملك. فالدين مثال عن كل مالأو كل شيء يكون المقصود الاصلي منه المال، فلا حاجة في الحاق العين به الى الاجماع المركب، فبطل الاحتمال الاخير الذي حكي القول به من غير واحد من القدماء . ولعلهم أرادوا أيضاً بالدين ماقلنا ، أعني مطلق الحقوق المالية سواء كان ديناً أو عيناً أو شيئاً يقصد منه أحدهما . فتعين الاحتمال الثاني .

ثمان تميز الحق المالي عنغيره وتميز مايقصد منه المال عن غيره لايخلو عن غموض ، اذ لو جعلنا المدار على القصد الشخصي لزم خروج مثل دعوى الخيار الغير المقصود منه فيالواقعة الشخصية يحصل المال ، ولو جعلنا المدار على القصد النوعي لزم خروج مثل النكاح مطلقاً حتى مالو كان المدعي هي الزوجة. لان وضع النكاح ليس لتحصيل المال وان ترتب عليه غالباً أو دائماً .

ولو جعل المدار على أحـد الامرين كان أمتن . لان العبرة بصدق كون الدعوى في الدين بالمعنى الاعم ، فلو كان المدعى به مالا أو شيئاً وضع لاجل تحصيل المال صدق أن الدعوى فيالدين وان علمنا منحال المدعي أن غرضه ليس تحصيل المال .

وكذا لو كان المدعى به في خصوص الواقعة الشخصية شيئاً مستتبعاً للمال وكان غرض المدعي أيضاً تحصيل المال كالقصاص فيما لو كان على المدعى عليه ديون مؤجلة ، صدق أيضاً أن الدعوى في الدين .

الا أن الذي يظهر من الادلة ومن كلام الاصحاب كون المدار على الوضع النوعي ، فكلما وضع بحسب النوع لجلب المال فيثبت بالشاهد واليمين .

ثم ان ذا الجنبتين والموارد المشكوكة حكمها واضح . فان الاول كالسرقة مثلا يعمل فيه بالنسبة الى كل جهة ماهو وظيفتها ، والثاني يرجع فيه الى الاصل والقواعد وهو عدم الثبوت .

هذا اذا كانت الشبهة غير موضوعية ، وأما اذا كانت موضوعية فهي غير متصورة اذا كان المدار على القصد النوعي كما لايخفى . نعم لو اعتبر القصد الشخصي أيضاً فلايبعد ايقاف الحكم حتى يستفسر عن قصد المدعي. والله العالم.

التقاط

[حلف جماعة من المدعين في الدعوى الواحدة]

لو ادعى جماعة مالا لمورثهم مثلا حلفوا أجمع مع شاهدهم وثبت الدعوى ولو حلف بعض أخذ نصيبه ولم يكن للممتنع مشاركة معه ـ كذا في الشرائع .

واطلاقه لايفرق بين كون المدعى به عينا أو ديناً . لكن الفاضل في محكي التحرير والارشاد والقواعد فرق بينهما . فحكم بمشاركة الممتنع معه فيما أخذ اذا كان عينا . واستشكل في المسالك الفرق بين مانحن فيه وبين مالو أقر المدعى عليه لاحدهما فانه يشاركه الآخر فيما وصل اليه .

فهنا اشكالان : أحدهما الفرق بين الشاهد واليمين وبين الاقرار . والثاني الفرق بين العين والدين في الشاهد واليمين .

ثم ان هنا اشكالا ثالثاً ، وهو الفرق بين المقام وبين ماعليه الاكثر من أن الدين المشترك بين الاثنين كل مايحصل أحد الشريكين منه مشاركة الآخر ان شاء ولو نوى الدافع كونه للاخذ .

ويمكن دفع هذا الاشكال بأن الدين المشترك متعيـن في الخارج بتعييـن المديون . فاذا تعين جرى على ذلك العين الخارجي حكم الشركة ، ولا يؤثر فيه تعيينه لاحد الشريكين ،لانه ليس له ولاية على تقسيم ذلك المشترك ، وكذا ليس للاخذ أيضـا ذلك . فيبقى مراعى باجازة الاخر . بخلاف مايعينه المدعى عليه في المقـام في الخارج للحالف ، فانه لم يعينه على أن يكون تعييناً للدين المدعى به . اذ المفروض انكاره وعدم اعترافه بالدين . فذلك العيـن باق في ملك المدعى عليه وانماياًخذه الحاكم للحالف بحكم الشرع المستند الى الحلف، فلو حكم بمشاركة غير الحالف معه لزم كون اليمين مثبتـة مالا لغير الحالف ، وهو غير جائز سواء كان مستقلا كحلف الوكيل لاثبات مال الموكل أو الولي لاثبات المال المولى عليه أوفي ضمن اثبات مال الحالف كما اذا كانا شريكين .

فان قلت : لو شاركه الاخر فانما يشاركه بمقتضى اعترافه بالشركة لا لاجل الحلف . لان الحلف متعلقه أمر كلي في الذمة ولا شركة فيـه ومتعلق الشركة انما هو المأخوذ الخارجي ، وهذه الشركة انما جاءت بمقتضى اعتراف الحالف بالشركة في الدين .

قلنا : متعلق الاعتراف أيضاً هو المشاركة في الدين الكلي الثابت في ذمة المدعى عليه . وكلما يوجد من ذلك الدين في الخارج . وأما المأخوذ فليس مصداقا لذلك الدين . لان المفروض عـدم قصد الدافع كونه وفاءاً للدين حتى يجري فيه حكم الشركة بمقتضى الاعتراف . فهوفي الواقع والظاهر ملك طلق المدعى عليه وانما يدفعه الى الحالف غصباً عليه بحسب حكم الحاكم . فليس ذلك مما يقتضي الاعتراف بأصل الشركة في الدين المشاركة فيه . فلوشاركناه مع الحالف لكان الحلف مثبتاً لمال الغير .

لايقال : نية الحاكم هناقائم مقام نية الدافع فيجب أن يتشاركا : لان الحاكم

انما حكم بدفعه وفاءاً للدين المشترك ، فيكون ذلك المدفوع حصة من الدين المشترك والا لم يجز للحالف أيضاً أخذه الا تقاصاً .

لانا نقول :لم يثبت ترتب ذلك الحكم الوضعي على حكم الحاكم ، بمعنى كون حكمه ونيته بمنزلة نية المديون في تعيين الدين الكلي ، وانما ثبت جواز أخذ الحالف بمقتضى الحكم .

هذا . وقد يناقش فيه : بأن الحالف يأخذه بعنوان كونه من الدين لابعنوان المقاصة ، فيشاركه الاخر بمقتضى اعترافه بكون المأخوذ حصة من الدين المشاع .

ومنه يظهر الفرق بين المأخوذ بالحلف والمأخوذ بالمقاصة . فانه لامشاركة في الثاني قطعاً بخلاف الاول فان قضية الاشاعة مشاركتهما فيمايحصل للحالف فيه ، الا أن المشهور لعله الاول .

ومما ذكرنا ظهر الفرق بين العين والدين أيضاً ، لان العين لما كانت ذاتها مشتركة مشاعة بينهما جرى على مايحصل منها في يد الحالف حكم الاشاعة ، وليست كالدين محتاجة الى القصد والنية حتى تتشخص في الخارج على وجه الاشاعة ، فالمأخوذة من العين مشاعة بينهما قبل الاخذ وبعده ، بخلاف المأخوذ من الدين فانه قبل الاخذ ملك طلق للمدعى عليه وبعد الاخذ يصير ملكاً للحالف .

وأما الفرق بين مانحن فيه وبين الاقرار فهو أيضاً واضح ، وان كان في الحاقه بالمقام أيضاً وجه من حيث أن المدعى عليه منكر للاخر فيكون مثل ما نحن فيه . الا أن الاظهر الحاقه بالمعترف بهما ، لانه باعتبار اعترافه لاحدهما يتعين مايدفعه اليه المدين ، فيجري فيه حكم الشركة بمقتضى اعترافه .

والمسألة من حيث هذه الاشكالات تحتاج الى تتبع وتأمل مزيدين . والله العالم .

التقاط

[البطون الموقوف عليهم متعاقباً]
[هل يأخذون الوقف بلا يمين]

لو ادعى بعض أن الميت وقف عليهم داراً مثلا وبعدهم على نسلهم مترتباً ، فان حلف المدعون مع شاهدهم قضي لهم بالوقفية ولايؤدى منها دين ولاميراث ولا وصية ، فان انقرضوا معاً أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار من غير يمين أو يتوقف عليها ؟

صرح في الشرائع بعدم الاحتياج الى يمين مستأنفة . لان الثبوت الاول أغنى عن تجديده . لكن في المسالك : فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الاول دون الواقف . فعلى الاول كما هو الاشهر فلا حاجة الى اليمين . كما اذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات فان وارثه يأخذه بغير يمين – انتهى .

وفيما ذكره اشكال من وجهين :

(أحدهما) انهم ذكروا في باب الوقف أن اجارة البطن الاول للوقف الى مابعد انقراضهم باطلة لتعلق حق البطن الثاني بالوقف . معللين بأن البطن الثاني يتلقون الوقف من الواقف دون البطن الاول . ولم يخالف فيه أحد . وان احتمل المحقق «ره» صحة الاجارة مع كون الاجرة للبطن الثاني . وهذا كيف يجامع ماذكره من تلقيهم الوقف من البطن الاول .

(والثاني) ان مسألة تلقي الوقف من البطن الاول أو من الواقف ليس معنوناً في كلام القدم على وجه يمكن تحصيل الشهرة على أحد طرفيها ، فكيف ذكر أن الاشهر التلقي من البطن الاول .

ويمكن دفع الاشكال الاول بأن المراد بتلقي الوقف من الواقف في مسألة الاجـازة غير المراد به في المقام وأمثاله . لان المراد به في باب الاجارة عدم كون الوقف منتقلا من البطن الاول الى الثاني نحو انتقال الارث . وهو حق سواء قلنا بأنهم يلقون من الواقف أو من البطن الاول . اذ خروج الوقف من ملك الاول ودخوله في ملك الثاني على القول بتلقيهم من الاول ليس على نحو تلقي الارث من المورث ، لان المورث يترك مالـه للوارث بجعل الله تعالى وحكمه بخلاف البطن الاول فانهم يتركون الوقف للبطن الثاني بجعل الواقف .

وان شئت قلت : ان زوال ملكية المورث عن التركة ودخولها في ملك الوارث ليس لاجل قصور في ملكية التركة للمورث ونقصان فيهـا بل لاجل قصور في المالك لان الميت لايملك . بخلاف زوال ملكيـة الوقف للبطـن الاول فانه لاجل نقصان وقصور في نفس الملك دون المالك ، وان كان هو أيضاً قاصراً باعتبار الموت .

وأما المراد بـه في المقام وأمثاله فهو معنى آخر ، وهو أن يكون الوقف داخلا في ملك البطن الثاني في عرض دخوله في ملك البطن الاول ، من غير فرق الامن حيث تقدم زمان ملكهم على زمان ملك الثاني. فيكون المراد التلقي من البطن الاول في مقابل هذا المعنى ، وهو أن يكون الواقف داخلا في ملك الثاني مترتباً على دخوله في ملك الاول .

وبعبارة أخرى : التلقي من الوقف مرجعه الى أن الواقف ملّك العين برهة من الزمان البطن الاول وبرهة البطن الثاني وهكذا. لا بمعنى تجديد أصل الملك ، فان الملك لايعقل تجديده ، بل بمعنى جعل الزمان قيداً للمملوك . فالعين المقيدة بكونها خمسين سنة مملوكة للبطن الاول والمقيدة بخمسين بعده مملوكة للثاني وهكذا . نظير تقييد المنفعة ، فان من يملك منفعة سنة من الدار فان جعل الملك

المؤبد وان كان المملوك ـ وهي المنفعة ـ محدودة. ومرجع التلقي من الاول أن الواقف ملكهم ليس الا لكن وجه خاص يرجع الى نقصان وقصور في أصل الملكية ، بأن جعله متعلقاً لحق البطن الثاني وتملكهم على نحو يستلزم انتقاله الى البطن الثاني ومنه الى الثالث وهكذا ، فالملك والمملوك على الثاني مستبدان لكن الملك ملك مخصوص متعلق بحق غير المالك ، وعلى الاول فالملك مؤبد تام والملك محدود نظير تحديد المنفعة .

فظهر الفرق بين التلقي من الواقف أو من الاول . كما ظهر الفرق بين التلقي من الواقف في باب الاجارة وبين التلقي من الواقف في هذا المقام ونظائره ، مثل ماقالوا في قبض الوقف من كفاية قبض الاول لان الثاني يتلقون منه لامن الواقف .

ويمكن رفع الاشكال الثاني بأن الاشهر في كلامه قدس سره صفة للمبنى بملاحظة التفريع لا لنفسه ، لان المشهور عدم احتياج تجديد اليمين ، فقوله «كما هو الاشهر» معناه أن التلقي من الاول أشهر من جهة أن عدم تجديد اليمين هو الاشهر لأن التلقي من الاول في نفسه هو الاشهر. وهذا نظير دعوى الاجماع على الحكم بزعم اندراجه تحت أصل مجمع عليه .

وهذا وجه في العبارة وان كان بعيداً ، وهذا هو الكلام في المبنى .

وأما التفريع والبناء فيمكن النظر فيه من الطرفين :

(فقد يقال) بتلقيهم من البطن الاول مع لزوم تجديد اليمين كما ذهب اليه بعض مشائخنا . لان أصل الملك للبطن الثاني مسبب عن فعل الواقف ، فهم مع البطن الاول سواء في كون كل منهما مدعياً على سائر الورثة . فعلى كل منهما الحلف . لان حلف الشخص لايجدي في اثبات مال للغير. ومجرد التقدم الرتبي والترتيب في الملك لايغني عن حلف المتأخر .

(وقد يقال) بتلقيهم من الواقف مع عدم الحاجة الى تجديد اليمين ،لان البطون بمنزلة شخص واحد من جهة اتحاد سبب التمليك وان كان ملكهم على نحو الترتيب دون التشريك ، فيكون حلف البطن الاول مغنياً . لانه اذا حلف بعض المجموع فقد حلف المجموع . ولذا يكتفى في القبض بقبض البطن الاول مع اشتراط الوقف بالقبض .

والحاصل ان ماذكره قدس سره من التفريع ليس محل القبول كل القبول ، بل للمناقشة فيه مجال واسع وعلى الناظر التأمل .

| لو كان الوقف للجنس يبطل لامتناع اثباته بالحلف |

ولو كان الاستحقاق بعد الاولاد للفقراء – أي للجنس – بطل الوقف لامتناع اثباته بالحلف ، اذ المستحق اذا كان هو الجنس لم يصدق على فرد المدعى حتى يسمع منه الحلف وعادت الدار ارثاً . اما البطلان الوقف من أصله لكونه أمراً ظاهرياً ثابتاً بموجب حلف البطن المنقرض فيرجع الى مقتضى الاصل ، أولصيرورته حينئذ كالوقف المنقطع الاخر الذي حكمه العود الى ملك الوارث، وعلى الاول فالعبرة بالوارث حين موت الواقف . وعلى الثاني يحتمل ذلك أيضاً ويحتمل كون العبرة بحين الانقطاع كما يحتمل غيرهما أيضاً من الوجوه المذكورة في المنقطع الاخر .

وفي المسالك يحتمل صرفه الى أقرب الناس الى الميت . وهو بظاهره لاوجه له الا أن يكون المراد صرفه الى وجوه البر . فان الشيخ في محكي المبسوط ذكر ذلك ثم قال : ان أقرب وجوه البر هو الصرف على أقرباء الميت الاقرب فالاقرب ، لان خير الصدقة هي الصدقة على الاقارب ، ولعله المراد كما يعلم من ملاحظة المبسوط .

هذا كله اذا حلف المدعون أجمع . فان امتنعوا عن الحلف أجمع حكم بالدار ميراثاً ولهم احلاف باقي الورثة المنكرين ان ادعوا عليهم العلم بالوقفية ونصيبهم وقف بمقتضى اقرارهم على أنفسهم ، فان ماتوا صرف حقهم الى أولادهم على سبيل الوقف دون الارث ، لان اقرار مورثهم نافذ عليهم .

هذا اذا كان الوارث والبطن الثاني متحدين ، فان اختلفا صرف الى البطن الثاني وقفاً ولا يعطى الوارث لاقرار مورثهم ، وهل يحتاج البطن الثاني الى اليمين في أخذهم له وقفاً ؟ في المسالك وجهان مبنيان على تلقي الوقف كما تقدم .

ويشكل ذلك بأن البطن الثاني لامعارض له لانهم الوارث ، ولو فرض كون الوارث غيرهم فهم ممنوعون عن الارث باقرار مورثهم ، فلا مدعي للبطن الثاني حتى يحلفوا له .

ويمكن أن يقال : ان الحاكم يحلفهم باعتبار رجوع أمر الوقف اليه بعد فرض حرمان الوارث فلا يعطيه مدعي الوقفية بلا يمين . وهل للاولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف كما كان ذلك للبطن الاول ؟ في المسالك فيه وجهان : من كون الاولاد تبعاً لابائهم فاذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية .

وفيه : ان المقتضي للحلف موجود والمانع مفقود . لان البطن الثاني سواء كان متلقي من البطن الاول أو من الواقف يدعون وقف الدار عليهم ، وهي دعوى ممنوعة فلهم الحلف مع شاهدهم ، وتلقيهم من الاول ليس يرجع الى نحو الارث كما عرفت . فلا ربط له بالمقام .

وهل يكفيهم اقامة البطن الاول الشاهد ، اذ لابد لهم من تجديد اقامته ؟

والثمرة تظهر عند خروج الشاهد عن شرائط القبول في عصر البطن الثاني . وسيجيء انشاء الله تعالى في باب الشهادات تحقيق هذا المقام .

ولايبعد القول بالكفاية ، لان الخصوم بمنزلة الخصم الواحد لاتحاد دعواهم فلايقاس بغيرهم في عدم الكفاية . لان المناط في اتباع الشاهد استجماعه لشرائط القبول عند المتبع لاعند غيره .

ولو حلف بعضهم ونكل بعض ـ بأن كانوا ثلاثة فحلف واحد ونكل اثنان ـ أخذ الحالف الثلث والباقي تركة يقضى منه الديون والوصايا وما فضل يقسم بين من عدا الحالف من الورثة كما عن المبسوط . وقيل يقسم على الكل حتى الحالف ، ولا وجه له وجيه .

نعم لو كان نصيب الحالف أرثاً أكثر من نصيبه وقفاً كان الزائد في حكم مجهول المالك . لان الحالف ممنوع منه باقراره الوقفية الموجبة لنقصان حظه وكذا الوراث لانكارهم الوقف ، فالزائد بزعمهم مال الحالف ويجري عليه حكم مجهول المالك ، وهي الصدقة بناءاً على جريانه في كل مال امتنع ايصاله الى مالكه ولو كان معلوماً تفصيلا أو اجمالا ، نظراً الى عموم مناط دليله وهو كون الصدقة أقرب طرق الايصال المأمور به حينئذ . ويحتمل فيه القرعة بناءاً على معارضة من خرجت باسمه باقرار الاخر فيدس حينئذ في مال من خرجت باسمه . ويحتمل الصلح بين الحالف وبين من عداه .

وهذه الوجوه الثلاثة تحتمل في كل مال مردد بين اثنين ينفيه كل منهما عن نفسه ، والاول أوجه ثم الثاني . والله العالم .

القول في كتاب قاض الى قاض

التقـاط

[عدم الاعتداد بكتاب القاضي في القضاء]

المعروف بين أصحابنـا « رد » عدم الاعتداد بكتاب القاضي . وقد روى طلحة والسكوني عن ابى عبدالله عليه السلام أن علياً « ع » كان لايجيز كتاب قاض الى قاض لافي حد ولا في غيره الى أن ولت بنو أمية فأجازوا بالبينات[1].

وسند رواية السكوني الى السكوني على ماأخبر به شيخنادام ظله صحيحة ، والسكوني عامي الا أن رواياته معمول بها عند الاصحاب . فلا شين فيها من حيث السند .

وأما دلالتها ففيهـا بعض الكلام ، لانها كالصريحة في أن علياً عليه السلام كان لايجيز كتاب القاضي مطلقاً حتى مع البينة . بقرينة مقابلة فعل بني امية لفعله « ع » . مع أن الكتابة الثابتة بالبينة كالقول الثابت به في بعض الفروع .

وتوضيح الحال أن يقال : ان انهاء الأحكام وابلاغها الى الحكام قد يكون

(١) الوسائل ج١٨ ب٢٨ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

مع الواسطة وقد يكون بدونها . والواسطة بعد خروج الوسائط المفيدة للعلم منحصرة في البينة واقرار المدعى عليه . والانهاء بدون الواسطة منحصر في القول والفعل كالكتابة والاشارة ونحوهما ، فهنا مسائل أربع :

[لو كانت الواسطة بين القاضيين الكتابة]

(الاولى) أن تكون الواسطة هي الكتابة ، وقد عرفت أنها غير معتبرة عند الاكثر سوى المحقق الاردبيلي اذا علم بصدور الكتابة عن قصد . نعم نقل عن ابى علي اجازتها في حقوق الناس مطلقاً .

وتحقيق المقام هو ان الكتابة فيها أمور عديدة يمكن استناد عدم الاعتبار اليها:

« منها » ـ احتمال كونها مزورة على القاضي كما ذكره المحقق .

« ومنها » ـ احتمال صدورها لا عن قصد معناها كما في المسالك ، اما بعدم قصد أصل الكتابة وصدورها بمثل السهو ونحوه أو بعدم قصد افادة شيء بل لغرض آخر مثل اختبار القلم أو المشق أو نحوهما .

« ومنها » ـ احتمال كونها انشاء لا اخباراً . كما هو المتعارف في مثل هذا الزمان من انشاء الاحكام بالارقام لا بالالفاظ .

« ومنها » ـ عدم الدليل على اعتبار الكشف الكتبي بعد الفراغ عن الامور السابقة والعلم بصدورها قصدا لحكاية مضمونها من صدور الحكم سابقاً ، كما ذكره بعض مشائخنا « قده » .

وهذه الاحتمالات كلها صالحة لمنع الاعتداد بالكتابة :

(أما الاحتمال الاول) فلاسبيل الى دفعه الا بقرائن الاحوال المفيدة للقطع .

(وأما الاحتمال الثاني) فيمكن دفعه بالاصل كما يدفع ذلك في القول ، لان أصالة عدم السهو والخطأ والنسيان والعبث وأشباهها لا يفرق في اعتبارهـا

عند العقلاء بين القول والكتب الا احتمال قصد غرض آخر غير الافادة ، فانه أمر غير بعيد في الكتابة لم يعلم بناء العقلاء على الجري بمقتضى عدمه عند الشك ، فان غرض المشق في الكتابة مثلا أو غرض اختبار القلم أونحوهما من الاغراض ليس بمثابة سائر الاغراض الحاصلة في الاحوال غير الافادة في الندرة ، فلابعد في منع ذلك عن اعتبارها .

(وأما الاحتمال الثالث) فكذلك لاأصل فيه يرجع اليه ، لان الصورة صالحة للاخبار وللانشاء ،كالقول فانه أيضاً اذا تردد بين الاخبار والانشاء يتوقف فيه ، الا أن الاقوال قد يكون الاصل فيها يقتضي الاخبار ، مثل صيغة الماضي مثل « حكمت » و « بعت » و « اشتريت » ، فانه لوشك في مثل ذلك بل أريد به الاخبار أوالانشاء فمقتضى أصالة الحقيقة الثاني .

وكذا الكلام في الجملة الاسمية مثل « أنت طالق » و « أنت حر » و « أنا ضامن » فانها عند الشك أيضاً محمولة على الاخبار ، اما لاصالة الحقيقة بناءاً على ثبوت الوضع للمركبات أو للاصول الاعرابية كما قيل ، فيكون وضع الجملة الاسمية في اللغة للاخبار وتحمل عليه عند الشك أو لاصل آخر يرجع في أمثال المقام اليه . وليس الحال في الكتابة كذلك . فان صورة « حكمت » كما تصلح للاخبار كذلك للانشاء ولا أصل هنا يرجع اليه . الا أن يقال بأن الكتابة تجري مجرى اللفظ عند العرف في جميع الاحكام . وهو أمر غير ثابت .

نعم قد يقال : بأن الكتابة تكفي في انشاء الحكم وليس الحكم مثل بعض الامور المعتبر فيه اللفظ كالبيع والنكاح ونحوهما . بل مثل الامور التي لايتفاوت في الكشف عنها بين القول والفعل كما ذكره في محكي مجمع البرهان كالوكالة والفتوى والرواية فانها تتحقق بالكتابة كما تتحقق بالقول . لكن طريقة معظم الاصحاب من القدماء والمتأخرين على عدم المساواة بينهما وعدم الحكم بقيام

الكتابة مقام اللفظ في مقام التعذر كخرس ونحوه ، أو في مقامات خاصة علم أن أحكامها الوضعية والتكليفية تابعة لمعانيها لالالفاظها كالوكالة فان آثارها انما علم بثبوتها للاذن الذي يكشف عنه عبارة التوكيل عنها فيكتفى فيها بالكتابة، ومثل الفتوى فان المطاع رأي المجتهد حتى لو علم به من غير كاشف عمل به .

ومثل تعديلات الرجـال ، فان مدارها على مايستكشف منهـا من الاذعان القلبي بعدالتهم لا على الاخبار بذلك الاذعان ، كما هو الشأن في التعديل في الموضوعات خصوصاً في مقام المرافعة فان العبرة بالاخبار بالاذعان بالعدالة في شهود مثل الهلال أو دين أو حق على الغير أو نحوها .

والحاصل ان بناء الاصحاب على الاقتصار على الاقوال الا في مقام التعذر أو في مقام علم من الخارج أن العبرة فيه بالمكشوف عنه لابالكاشف . وحينئذ فلابد من النظر والتأمل في الحكم وأنه مثل الفتوى . فلا عبرة فيها بخصوصية الكشف القولي أو مثل الشهادة في الاقتصار على الاخبـار القولي أو مثل سائر الانشاءات المعتبر فيهـا اللفظ خاصة ، ومقتضى الاصل الاولي معلوم والدليل الوافي غير معلوم .

(وأما الاحتمال الرابع) فهو أيضاً معتد به ، لعدم الدليل على اعتبار ظواهر الكتابة . لكنه ضعيف . لانا اذا أحرزنا صدور الكتابة عن قصد الاخبار بالحكم السابق وعلمنا به فلايبقى في المقام جهة ظنية الامن جهة احتمال سقط أوتجوز مع ترك القرينة ونحوها من الامور التي لايعتنى بها عند العقلاء .

نعم ، هنـا كلام آخر . وهو أن الكتابة بعد الفراغ عن الامور المزبورة تكون كالقول في الكشف عن الاخبار بالحكم . فلابـد من التأمل في أن دليل قبول قول الحاكم على القول به هل يجري في الكتابة أم لا فمن الجائز اختصاصه به ، كما اذا استدللنا على قبول القول بقاعدة من ائتمن على عمل قبل قوله فيه مطلقاً

أو مع العدالة ، فان هذه القاعدة يمكن منع جريانها في الفعل ، فلو أخبر النائب في الحج به قولا قبل قوله بناءاً على القاعدة . وأما لو أخبر به كتباً أو اشارة فلاحتمال عدم القبول مجال واسع وأولى بالمنع مالو لم يخبر أصلا وعلمنا أنه لو سئل عنه لاخبر به .

والحاصل ان الكتابة بعد الفراغ عن عدة أمور تصير كالقول الذي نتكلم فيه انشاء الله تعالى ، فانتظر وتأمل في جريان دليل قبوله فيها .

| اخبار القاضي للقاضي الاخر بحكمه |

(الثانية) أن تكون الواسطة قول القاضي واخباره بالحكم الذي حكم به ، اماللشاهد يشهد به عند القاضي الثاني كما هو المفروض في الشرائع أو للقاضي الثاني ، بأن يقول له شفاها « اني قدحكمت بينهما في وقت كذا » قاصداً للاخبار.

ويمكن الاستدلال على وجوب تصديقه بأمور :

« الاول » ـ كونها خبر عدل فيصدق ، بناءاً على أن الاصل في الخبر العدل القبول حتى في الموضوعات .

« الثاني » ـ قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به .لان بعض مجاريه الظاهر لاشكال ولاخلاف فيه . والمقام منه ، لان ظاهرهم امضاء من كان انشاؤه ماضياً يصرح به الفخر في محكي الايضاح . وعبارة الشرائع أيضاً ظاهرة في هذا المعنى . وفي المسالك ان الملازمة بين الامرين ظاهرة .

وقد ذكرنا بعض الفروع المصرح بجريان القاعدة المزبورة فيها في باب اللقطة . مثل قبول قول العبد المأذون في التجارة قبل الانعزال . وقد نقل عن الشيخ في باب الجهاد وجوب تصديق من يخبر من العسكر بتأمين بعض الكفار قبل استقرار حكم الاسر .

نعم لو بنى في المسألة على ذلك وجب تقييد الحكم بما قبل زمان انعزال القاضي ، لان هذه القاعدة على تقدير جريانها مختصة بزمان كون ذلك الشيء المقر به مملوكاً للمقر. حتى أنهم صرحوا بأن اقرار المريض بما زاد عن الثلث غير نافذ ولو تعلق بفعله في زمان الصحة ، فارجع الى ماذكرنا في باب اللقطة تجد شواهد واضحة على ذلك . وحينئذ فلو كان اخبار الحاكم في زمان رجوع الشهود عن الشهادة أو خروجهم عن العدالة لم يقبل أيضاً ، لانه في هذه الحال ليس للحاكم الاول انشاء الحكم حتى يقبل اخباره .

« الثالث » ـ أدلة القضاء ، فانها كما تدل على نفوذ الزامات القاضي كذلك تدل على قبول اخباراته بالقضاء، لان تصديق خبره في ثاني الزمان فصل ظاهري بين المتخاصمين وان كان اخباراً لاانشاءاً .

فان قلت : انه فصل بلا ميزان .

قلنا : الميزان السابق يكفي في هذا الفصل أيضاً .

ولايذهب عليك أنا لانقول ان الاخبار بالالزام الزام وفصل حقيقة . بل نقول انه اخبار لو صدقناه ترتب عليه استمرار الفصل السابق فيجب أن يقبل، للملازمة العرفية بين نفوذ الالزام ونفوذ الاخبار بالالزام ، فيستدل من دليل الاول على الثاني من باب لوازم الخطاب . ويمكن أن تكون عبارة الشرائع ناظرة الى ذلك .

وهذا نظير ماقالوا في باب الطلاق من أن انكار الرجوع طلاق لان اخباره يكشف عن رضائه بالزوجية . فاذا كان في زمان جاز له الرجوع أثر أثره ، لانه ان كان في الواقع صادقاً في الاخبار بعدم الطلاق فهو وان كان كاذباً فهو راض بالزوجية ولو بقاءاً، فيكون في حكم الرجوع الذي هو عبارة عن الرضا بحدوث

الزوجية لعدم الفرق بين الرضائين الرضا بابقاء المدلول عليه بالاخبار الكاذب والرضا بالحدوث المكشوف عنه بالرجوع .

وفيما نحن فيه أيضاً نقول : ان اخبار الحاكم بالفصل ان كان صادقاً فهو والا فقد انقدح في ضميره عدم خصومة بين المتخاصمين ولو بقاءاً ، فكما أنه اذا رأى عدم الخصومة حدوثاً نفذ رأيه كذلك اذا رأى عدمها بقاءاً ، فيكون اخباره بعدم الفصل بمنزلة الزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة .

وللتأمل في جميع الادلة المشار اليها مجال . والله العالم .

[لو كانت الواسطة بين القاضيين البينة]

(الثالثة) أن تكون الواسطة البينة. والظاهر عدم الاشكال والخلاف المعتد به في اعتبارها في المقام . اذ لامانع منها مع عموم حجيتها ، فثبت بها حكم القاضي الاول عند القاضي الثاني . فيلزم الناس بمتابعته الزاماً ناشئاً من أطراف الحكومة لامن أطراف الامر بالمعروف والسياسات .

[اقرار المحكوم بحكم قاض عند قاض آخر]

(الرابعة) أن تكون الواسطة الاقرار . واعتباره أظهر ، حتى أن اعتبار البينة في محكي الشرائع ثبت بالمقايسة الى اعتباره . قال مامؤداه : انه لو أقر المحكوم عليه بالحكم عند الحاكم الثاني لالزم فكذلك لو ثبت بالبينة ، لانه كلما ينفذ الاقرار به يثبت بالبينة .

لكن في المقام اشكالين : احدهما اخراج حقوق الله تعالى ، والثاني الحكم بعدم نفوذ حكم القاضي الاول بعد فسقه ونفوذه بعد موته وجنونه ونحوه .

(وجه الاشكال الاول) ان عموم حجية البينة تأبى عن التخصيص بحقوق الناس ، وكون حق الله مبنياً على التخفيف لايصلح له والا لما ثبت بهـا عند الحاكم الاول أيضاً .

ولو منع عن عموم حجية البينة فلا فرق أيضاً في مسألة التنفيذ بين حقوق الناس وحقوق الله تعالى . ومـا ذكر في الفرق من أن القضاء قول بغيـر علم فيقتصر على موضع الحاجة والقدر المتيقن وهو حقوق الناس دون حقوق الله التي بنيت على التخفيف . يدفعه أن التنفيذ مع البينة ليس بغير علم .

أقول : لوقيل ان انفاذ الحكم الثابت بل المعلوم أمر غير مستفاد من أدلة القضاء بل يحتاج الى أدلة أخرى . كما يفصح عنه تمسك مثل المحقق في ذلك بأمور أخر غيرها مثل مساس الحاجة ونحوها من الوجوه الثلاثة أو الاربعة . فبان الفرق بين المقاميـن . لان الفرق حينئذ ليس قدحاً في عموم حجية البينة بل قدحاً في وفاء عموم ذلك الدليل بالتنفيذ في حقوق الله .

(ووجه الاشكال الثاني) ان حكم الحاكم ان كان مثل الفتوى فلابد من مراعاة جميع الشروط في زمان العمل حدوثاً وبقاءاً . ولذا قلنا في مسألة البقاء على تقليد الميت ان من يقول به لابد أن يقول بجوازه بعد عروض الفسق والجنون أيضاً . مع انه باطل اجماعا . كما أن الملازمة من أوضح الواضحات المنبهة عليها في محلهـا . فلا وجه لنفوذ الحكم بعد الجنون والموت أيضاً وان كان من باب الرواية والخبر . فالشروط شروط في حال الرواية لافي حال التحمل لافي حال العمل . فينبغي نفوذ حكمه بعد الفسق أيضاً كما يعمل بالرواية بعد فسق الراوي . والله العالم .

القول في القسمة

التقـاط

[حقيقة الاشاعة وتقسيم المال المشاع]

القسمة تمييز أحد النصيبين من المال المشاع عن النصيب الاخر . والكلام هنـا في مقامين : أحدهما في حقيقة الاشاعـة الخارجية . والثاني في توضيح حقيقة القسمة .

(أما الاول) فالاشاعة عبارة عن سريان ملك كل من الشريكين الى كل جزء يفرض من العيـن المشتركة . بمعنى كونه ملكاً لهمـا في الواقع ونفس الامر بالمناصفة مثلا . ولو انتهى الجزء الى جزء غير قابل للقسمة ففيه كلام يعرف ، فنصفه بحسب المالية لهذا ونصفه الاخر لذاك .

ولنوضح الحال بتنظير الجزء المشاع كالنصف بالجـزئي المشاع أعني الفرد ، فكما ان الفرد المطلق المشاع سار الى جميع المصاديق الطبيعيـة في الخارج وينطبق على كل واحد من مصاديقها في الواقع ونفس الامر كذلك الجزء المشاع كالنصف سار الى جميع المال المشترك . فكل جزء يفرض يكون نصفه المشاع لاحد ونصفه الاخر للاخر .

ثم اذا فرضنا جزءاً وقلنا ان نصفه المشاع لاحد لم يمنع ذلك بأن نقول أن ذلك الجزء على فرض تقسيمه نصفين يكون كل نصف منه بين الشريكين أيضاً بطريق التنصيف . لان ذلك هو قضية الاشاعة بحسب الاجزاء الخارجية . بمعنى اشتمال كل جزء على حقهما واقعاً ونفس الامر .

وههنا تحقيق آخر لبعض مشائخنا في معنى الاشاعة. ومرجعه الى أن اشاعة الحق عبـارة عن تعلق الحق بجزء كلي صالح للصدق على جميع مايمكن أن يكون مصداقاً لذلك الجزء . كالنصف المشاع الكلي فانه يصدق على جميع الانصاف المفروضة حتى أنصاف الاجزاء .

والفرق المميز بين الوجهين غير واضح . لكن تعلق الحق بالكلي بعد ماكان المملوك هي العين الخارجية تعسف بل يحتاج الى الدليل مع أنه لايكاد يتم ، لان كلا من مصاديق النصف في الخارج جزئي حقيقي ، ومقتضى انطباقه على نصف زيد مثلا أن يكون ملكاً طلقاً له .لانه مصداق للكلي الذي هو كذلك ، ومقتضى كونه مصداقاً لنصف عمرو أن يكون ملكاً له خاصة . فلابد من القول بأنه مردد بينهما أو القول بأنه بينهما نصفين ، والاول خارج عن حقيقة الاشاعة والثاني هو المراد ، وذلك مقدمة لتصحيح ماذكره لاتأسيس كما لايخفى .

[معنى الشركة في العين]

توضيح المقام : ان الشركة في العين تتصور على وجوه ثلاثة :

« أحدهـا » ـ أن يكون كل منهما مالكاً لاجزاء معينـة في الواقع مبهمة في الظاهر .

« والثاني » ـ أن يكون كل منهما مالكاً للجزء الكلي المنتشر كالنكرة مثل النصف المشاع القابل للصدق على كل أنصاف من غير تعيين في الواقع كالنكرة .

« والثالث » ـ أن يكون ملك كل منهما سارياً الى كل جزء بحيث لو فرض كل جزء كان بينهمـا . فلا جزء في الواقع يكون منطبقـاً على ملك خصوص أحدهما . بل كل جزء يفرض ففيه جزء من هذا أو جزء من ذلك .

والاول خارج عن حقيقـة الاشاعة جداً ، لان الشركة حينئذ مرجعها الى اشتباه المالين الغير المتمايزيـن ، كاشتباه أحد مصرعي الباب بالاخر واشتباه فرس بفرس . وكذا الثاني ، لعدم امكان اختصاص مصاديق النصف بأحدهما الاعلى سبيل الترديد الذي عرفت فساده ، فتعين الثالث .

[بحث حول الجزء الذى لايتجزى]

ثم ان الجزء الذى لايتجزى أولايقبل القسمة الخارجية ليس بمملوك لاحد، وأما الجزء الذي ينقسم الى جزئين غير منقسمين فلابد من كونه ملكاً لاحدهما ومختصاً به . اذ المعرض أن جزءه الفرضي الذي لايتجزى أولا ينقسم غير قابل للملكية . لان الملك انمـا يعرض الاجسام وجزء الجسم الذي لايتجزى على القول به حقيقة أوعرفاً ليس بجسم ، فلا يكون ظرفاً لاضافة الملك ، فلابد أن يكون ذلك الجزء المركب من الجزئين الغير المتجزئين أو غير المنقسمين مختصاً بمالك واحد أو باثنين على نحو كونهما مالكاً واحداً لمملوك واحد .

وأماالمركب من هذه الاجزاء الفرضية ـ أي الاجزاء المركبة من الجزئين الغير المتجزئين وهي العين المشتركة ـ فلما كان قسمتها الخارجية منتهية الى أجزاء غير قابلـة للاشاعة بالمعنى المزبور ، بأن يكون جزء منه ملكاً لاحدهما وجزء منه للاخر كما عرفت تطرق الاشكال في كون العين مشاعة بينهما أيضاً ، لان قضية تركبها من الاجزاء الفرضية الغير القابلة للاشاعة عدم تصور الاشاعة فيهـا وكونها بمنزلة ملك واحد مختصاً بمالك واحد أو بمالكين على وجـه

كونهما بمنزلـة مالك واحد . على أن يكون الملك الواحد الذي هو عبارة عن الاختصاص نصفه لهـذا ونصفه لذلك لا أن يكون اختصاص نصف العين لهـذا واختصاص نصفها الاخر لذلك . كما هو كذلك على تقدير الاشاعة .

والحاصل ان مقتضى الاشاعة أن يكون كل منهما مالكاً لنصف العين الخارجي فيكون لكـل منهما اختصاصاً مطلقاً وملكاً مستقلا بنصف العين . فكل منهمـا مالك مستقل وكل من النصفين المشاعين مملوك مستقل .

ومقتضى انتهاء القسمة الى أجزاء غير قابلة للاشاعـة غير صالح لعروض الملكية لها نظرا الى كون الملكية من صفات الاجسام وجزء الجسم ليس بجسم كونهما معاً بمنزلة مالك واحد وكون العين أيضاً بمنزلة المملوك الواحد ، فيكون لكل منهما نصف الاختصاص بالعين . كما أنـه على الاول يكون لكل منهما الاختصاص بنصف العين .

ومقتضى دقيق النظر الثاني . لان الجسم وان لم يشتمل على الاجزاء الفعلية الغير المتجزية أو المنقسمة الا أن قسمتها الخارجية تنتهي الى ذلك .

ويندفـع ذلـك الاشكال بأن ابعاض الجسم الحاصل بالتجزية الخارجية يتصور على أقسام ثلاثة :

(أحدها) أن يكون ذلك الجزء بحيث لو قسم نصفين أو أثلاثاً مثلا كان كل نصف منه أو كل ثلث منه قابلا لعروض الملكية له، بأن يكون لكل نصف مملوكا لاحد مستقلا بحيث يكون قابلا للشركة. بل لا بد من اختصاصها بشخص واحد . فلو قسم نصفين خرج كل نصف منه عن الملكية .

(والثاني) أن يكون بحيث لو قسم خرج كل قسمة منه عن صلاحية عروض الملكية ، كالجزء المركب من الجزئين الغير المتجزئين على القول بامكان الجزء

الذي لايتجزء ، ولازمه أن يكون ذلك الجزء مختصاً ومملوكاً لاحد فلا يصلح أن يكون مملوكاً لاثنين على أن يكون كل منهما مالكاً لجزئه ، اذ الفرض عدم قابلية جزئه للملكية ، فلو تعلق باثنين فلابد من فرضهما كالمالك الواحد .

(والثالث) أن لايكون قابلا للتجزئة كالجزء الذي لايتجزى وأن لايكون مختصاً ومملوكاً ، لان الملكية من عوارض الاجسام وجزء الجسم الذي لايتجزى ليس بجسم بل جزء منه .

وحينئذ نقول : ان القسمة قبل انتهائها الى القسم الاول لاأشكال في تصور الاشاعة في العين . لامكان أن يكون كل جزء منه بين الشريكين على سبيل الاشاعة . وبعد الانتهاء اليه فالاشاعة فيه عبارة عن كون أحد الجزئين منه على سبيل البدلية لاحد والجزء الاخر كذلك للاخر . اذ الفرض عدم صلاحية أجزاء هذا الجزء الا أن يكون لاحدهما خاصة ، فالاشاعة ههنا تغاير الاشاعة قبل الانتهاء فانها قبل الانتهاء عبارة عن كون كل جزء منها مشتركاً بينهما على سبيل الاشاعة وبعد الانتهاء عبارة عن اختصاص نصفه الكلي المخير بأحدهما ونصفه الاخر بالاخر .

وهذا ليس مرجعه الى القول الثاني ، أعني ملكية كل منهما لنصف العين الكلي الصادق على الانصاف المتوهمة في العين . لان الالتزام به في تمام العين خروج عن حقيقة الاشاعة ، اذ الفرض أن نصف مجموع مصداقه قابل لان يكون بينهما بالاشاعة ، فلاوجه لاختصاصه بأحدهما وعلى سبيل البدل ، بخلاف مانحن فيه . فان الالتزام به في المقام ليس خارجاً عن حد الاشاعة ، لان الاشاعة الحقيقية انما تتصور فيما اذا كان أجزاء العين المشتركة قابلة لان يكون بينهما ، فاذا انتهت القسمة الى جزء لو قسمناه لم يصلح كل جزء منه الا للاختصاص

بأحدهما . فلا يتصور الشركة في مثل ذلك الجزء الا بأن يكون نصفه الكلي لاحدهما ونصفه الاخر للاخر .

فهذا هو الفارق بين المقامين ، فاذا انتهت القسمة الى القسم الثاني فلابد أن تكون الشركة حينئذ على نحو آخر ثالث ، وهو أن يكونا هما معاً بمنزلة مالك واحد . اذ الفرض أن الجزء في هذه المرتبة ليس مركباً من جزئين قابلين للاختصاص حتى يكون أحدهما ملكاً لاحد الشريكين والاخر للاخر ، فلابد حينئذ من الاختصاص بأحدهما ليس الا أو بهما على أن يكونا بمنزلة واحد . وحينئذ يكون الجزء مملوكاً لهما على النحو المزبور . اذ لاوجه للاختصاص بأحدهما دون الاخر الأان يلتزم ذلك أو يتشخص بالقرعة، كدوران المال الواحد بين الاثنين، فان المقام من قبيل دوران المالك بينهما واذا انتهت الى القسم الثالث خرج عن ملكية كل منهما . نعم يبقى اختصاص أعيان تلك الاعيان بهما اختصاصاً غير راجع الى الملكية .

وعلى ماذكرنا وحققنا في معنى الاشاعة يظهر وجه ماذكروه فيما لو باع أحد الشريكين النصف المشاع من العين المشاعة من أنه ينفذ في الربع ويكون في الربع الاخر فضولياً، لان نصف العين المشاع قابل لان يكون بينهما نصفين فيكون لهما . فلا ينفذ البيع الا في الربع .

نعم لو باع نصف المشاع — بأن يقول « بعتك نصفي المشاع » — نفذ في تمام النصف . لان العين اذا انقسمت الى المرتبة الاولى من المراتب الثلاث المشار اليها وفرض أجزاءها التي لاتتصور الاشاعة في أنصافها الا على سبيل البدلية كما قلنا متلاشية، فلا جرم يكون نصفها الكلي —أعني على سبيل البدلية— مختصاً بأحدهما ، فاذا قال « بعتك نصفي المشاع » كان معناه أن نصف أجزاء

العين المتلاشية التي لاتصلح أن تكون الا لاحدهما ولو على سبيل البدلية بعته اياك ، فينفذ في تمام النصف . وبقية الكلام يظهر بالتأمل .

ثم ان كلام القوم لاينطبق على ماصورناه في معنى الاشاعة في بعض المقامات مثل ماقالوا فيما لو طلق امرأته قبل الدخول وكان نصف المهر تالفاً، فان الاكثر ذهبوا الى أن المرأة تستحق نصف الباقي ، مع أن قضية الاشاعة استحقاقها نصف الموجود ونصف التالف بالقسمة .

فلابد من توجيه أمثال المقام ، مثل أن يقال ان استحقاق الزوج الطلاق استحقاق جديد متعلق بالنصف المضمون في المهر مثل الصاع في الصبرة ، ونحو ذلك من التوجيهات. لان الذي بينا في معنى الشركة أمر وجداني عقلي بعد التأمل في حقيقة الاشاعة منطبق على جميع فروعاتها في أبواب الفقه ، فلا يقبل المناقشة بمجرد عدم مطابقة كلماتهم في بعض الفروع له لانه قابل للتوجيه والله العالم .

[القسمة هي تميز النصف المشاع وافرازه]

هذه حقيقة الاشاعة . وأما حقيقة القسمة فهي عبارة عن تميز ذلك النصف المشاع مثلا عن النصف الاخر كذلك، ومن الواضح أن حقيقة التميز في الاشاعة من المستحيلات التي لاتتعلق بها القدرة كتعلق حقيقة الملك بالعدم مثل المنافع لكن في العرف عمل يسمونه بالتميز وأمضاه الشارع كما في العرف معاملة يسمونه بتمليك المعدوم كالمنافع . وذلك العمل عبارة عن أمر جعلي من قبل العرف لايرجع الى بيع ولا الى صلح ولا الى مبادلة مستقلة بل مباين للكل حقيقة وان كان مستلزماً لانتقال مال أحد الشريكين الى الاخر .

توضيحه : ان هذه الانشاءات أمور متخالفة الحقيقة عند العرف وان

تشاركت في بعض الامردائماً أوأحياناً ، فحقيقة البيع مباينة لحقيقة الصلح وان أفادكل منهما النقل والانتقال. وكذا حقيقة الهبة مغايرةلهما. كما اتضح ذلك كله في محله من أن انشاءالطلب وانشاءالتمني والترجي والعرض ونحوها حقائق ممتازة بحسب الوجدان وان أفاد كل منها مطلوبية المطلوب والمتمنى والمترجى .

وهكذا نقول في الفرق بين انشاء المبادلة والمعاوضة وبين حقيقة القسمة ، فان المبادلة حقيقتها أن تبدل مال نفسك بمال صاحبك باخراجه عن ملك وادخاله في ملك صاحبك عوضاً عن ماله . وحقيقة القسمة أن تفرز مال نفسك عن مال صاحبك المجتمعين في عين خارجية . ولما لم يكن بين المالين تميز واقعي كما ظهر في توضيح معنى الاشاعة فلاجرم يكون الافتراز اقتراحاً منك وجعلا من عندك نظير الحقيقة الادعائيـة . فالتقسيم توسل من الشخص الى مال نفسه ولو اقتراحا . والمبادلة توسل الى ملك مال الغير في مقابل مالك سلك . ففي كل منهما يحصل انتقـال شيء من مالك الى صاحبك وبالعكس . الا أن هذا الانتقال في الاول لم ينشأ من انشاء النقل بل من الافراز الاقتراحي فيما لاتميز هنا في الواقع وفي الثاني نشأ من انشاء النقل والمبادلة .

فظهر أن القسمة كما أنها لاترجع الى العقود المعروفة من البيع والصلح والهبة كذلك لاترجع الى مبادلة مستقلة وتمليك مستبد ومعاوضـة برأسها . فلا يلحقهـا شيء من أحكام المعاوضة . نعم منه الرد مشتملة على افراز ومبـادلة ومعاوضة . لان الرد اذا لم يكن من العين المشاعة رجع ادخاله في ملك الشريك الى نحو معاوضة .

ثم ان في جريان الربا فيه احتمال ذكرنا وجهه في باب الغصب في مسألة تخليط الغاصب المغصوب بمال نفسه بوجـه مبسوط واف حاو لجميع ما في المقام من وجوه الاستدلال .

ويحتمل العدم حتى على ذلك الوجه الذي مرجعه الى مقالة المحقق من عدم اختصاص الربا بالبيع بل ثبوته في كل معاوضة صورية أومعنوية . وذلك لان الاشاعة تمنع عن تعلق الملك بعين الجزء المشاع بل توجب تعلقها بالمجموع، لان الملك عبارة عن الاختصاص والاختصاص يستدعي محلا ممتازا بحيث لا يكون متعلقا لحق الغير والا لم يكن محلا للاختصاص . والمفروض أن العين المشاعة باعتبار كون كل جزء منها مجمعا للحقين ومشتملا لعين مال الشريكين لايمكن فيها فرض جزء فارغ حتى يتعلق به الاختصاص . ففي صورة حصول الشركة بالمزج يلزم زوال ملكية كل من الشريكين عن رقبة ماله وقيامها بالمجموع .

[الاشاعة تنحصر في الاسباب الشرعية للشركة]

ومن مشائخنا قدس سره من زعم أن الاشاعة الواقعية لاتحصل بالمزج مطلقاً وتنحصر في الاسباب الشرعية المشركة. مثل الارث والبيع ونحوهما بحسبان أن المالين في الواقع ممتازان في علم الله تعالى. فيكونان كالمالين المتلاصقين .

ومما حققنا هنا يظهر أنه لاوجه له . لان بعض صور المزج كمزج الماء بالماء لااشكال في سببيته للشركة الواقعية . لان أعيان مال كل منهما باعتبار الاستهلاك في الآخر خرج عن قابلية تعلق الملك بها. لان الامتزاج يخرج عين مال كل منهما عن قابلية الملكية باعتبار استدعائها محلا فارغا ممتازا كما عرفت . فالامتياز الواقعي بينهما لاينفع بعد عدم صلاحيتهما لعروض الملكية . فحال العين المركبة منهما حينئذ كحال العين الواصلة اليهما بالميراث الا من حيث تعلق ملك كل منهما بالرقبة .

نعم في بعض صور المزج ـ وهو الذي لم يوجب استهلاك كل من المالين

حقيقة كمزج الدنانير والدراهم أومزج الحنطة بعضها ببعض - يحتاج في الحكم بالاشاعة الواقعية فيه الى تنزيل عرفي وامضاء شرعي ، فحيث يجري الممتزجان مجرى التالف المستهلك عندهم وامضاه الشارع تحصل الاشاعة الواقعية وان كان أعيان مال كل واحد ممتازة عن أعيان الاخرفي الواقع . فكل دينار يفرض حينئذ فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً مثلا .

فكيف كان فيظهر مما ذكرنا أن التقسيم متفاضلا ليس معاوضة ربوية ولو بالمعنى الاعم من البيع . لان التفاضل انما يحصل بين الاعيان التي عرفت خروجها عن ملك كل منهما . والقسمة التي قلنا انها تستتبع انتقالا في العين بحسب اللب انما لوحظت بالنسبة الى ماليتها ولا تفاضل بينهما ، فلو تقاسما وتراضيا بالتفاضل - بأن أخذ أحدهما الاقل لجودته والاخر الاكثر لرداءته - جاز ولاربا .

ثم ان التفاضل لايكون بالقسمة كما صورنا وقد يكون في نفس الشركة ، بأن يكون أصل الشركة يحصل على وجه الربا والتفاضل كما اذا اختلط جيد برديء ، فلو حكمنا فيه بالشركة في العين دون القيمة لزم التفاضل في أصل الشركة . لان صاحب الجودة قبل المزج كان مالكاً لصاع مثلا وبعده قد ملك صاعاً ونصفاً .

وظاهر كلماتهم في باب الشركة حصول الشركة بمزج الجيد والرديء ، لكن في باب المفلس نقل صاحب المسالك عن الشيخ في مسألة مالو اشترى المفلس زيتاً فخلطه بماله . أنه نقل قولا بأن البائع يشارك في العين المختلطة بنسبة قيمة المالين . ثم قال انه مستلزم للربا . قال في المسالك بعد نقل ذلك : وهو يتم على القول بثبوته في كل معاوضة ولوخصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً .

وقد عرفت مافيه وان المزج اذا كان على وجه يقرب من التداخل الحقيقي المستحيل صار سبباً لزوال اختصاص ملك كل منهما بصاحبه من حيث العين، لانه كما تزول المالية وتبقى الملكية كذلك قد تزول أصل الملكية التي هي الاختصاص والسلطنة باعتبار عدم قابلية المحل لحقارته كيفاً كالميراث أو كماً مثل الجزء الذي لايتجزأ على القول به أو باعتبار وجود المانع كما في المقام . فان كل جزء من عين مال زيد مثلا يفرض ففيه جزء من عين مال عمرو ، وهو يمنع عن سلطنة كل منهما بعين ماله وعن اختصاصها به ولو لم يبلغ حد الجزء الذي لا يتجزأ ، فلابد حينئذ من زوال ملكية كل منهما عن عين ماله وبقاء ماليته .

وبعبارة أخرى : ان الملك قبل الامتزاج للمالك اختصاص بعينه واختصاص بماليته وبالمزج يزول الاختصاص الاول دون الثاني . ومقتضى هذا قيام المالية بالمجموع المركب من المالين . فيكون المجموع بمنزلة ملك جديد حاصل لهما من امتزاج ماليهما الممتازين المختصين .

ومن هنا لابد في ملكية كل منهما شيئاً من العين ملاحظة مقدار تأثير ماله في مالية المجموع . فلو اختلط جيد برديء كان لصاحب الجيد من العين أكثر من صاحبه . لان تأثير الجيد في مالية المجموع أكثر من تأثير الرديء فيه ، فيملك صاحب الجيد من العين بنسبة القيمتين . وأين هذا من الربا .

وأما ماذكره الشيخ فيمكن تنزيله على ما لو قصد البائع المعاوضة ، بأن أخذ من العين بنسبة القيمة عوضاً عن ماله الذي استهلك في مال المفلس. فان ثبوت الربا بنفس الشركة لانه معاملة ربوية في مقام التقسيم والتوصل الى ماله لا في أصل حصول الشركة . فكيف فالاظهر عدم ثبوت الربا لا في القسمة لكونها افرازاً ولا في الشركة لكونها في الحقيقة عبارة عن تملك جديد لمال جديد .
والله العالم .

التقــاط

[عدم حصول الشركة الحقيقية في مزج شيئين متماثلين]

اذا كان المزج مزجـا يقرب من المزج الحقيقي ـ كامتزاج المائيـن بـل مطلق المايعين خصوصا اذا وقع بينهما فعل وانفعال بالغايان مثل السكنجبين ـ فقدعرفت حصول الاشاعة في مثله قهرا، سواء كان المزج باختيارهما أو كان قهريا.

ولو كان المزج باختيـار أحدهما غصباً أو عدواناً فقد ظهر الكلام فيه في باب الغصب وأن فيه أقوالا أربعة ، فارجع .

ولا يحتاج في اثبات الشركة الواقعية حينئذ الى دليل شرعي .

ومن هنا يعلم ان الخلاف في اعتبار اتحاد الجنس في الممتزجين ليس على ماينبغي بعد أن كان الحكم بالشركة في المتجانسين غير مستند الى دليل شرعي بل عقلي . وكيف يعقل بقاء اختصاص كل بماله في مثل السكنجبين مع أن كل جزء من الخل فيه جزء من السكر ، فلابد من انتقال اختصاص كل بماله عن عين ماله الى المجموع المركب .

وأما اذا لم يكن المزج مزجاً حقيقيا ـ كاختلاط الحنطة بالحنطة والدنانير بالدنانير والخيل بالخيل وأشباههـا مما لايخرج بالامتزاج أعيـان مال كل عن قابلية الاختصاص ـ ففي عدم حصول الشركة الحقيقية فيها مطلقاً نظرا الى عدم دليل شرعي يدل على ذلك مع انفراز عين مال كل منهما عن عيـن مال الاخر بحيث يقبل الاختصاص .

فلا وجه للحكم بالشركة التي هي عبارة عن استحقاق كل منهما شيئاً من عين مال الآخر المفروز الممتاز في علم الله تعالى ، أو التفصيل بين ما يجري في العرف مجرى المزج الحقيقي في الحكم بخروج عيـن مال كل عن قابلية

الاختصاص - مثل أجزاء الدقيق وحبات الحنطة المختلطة وكل دينار من الدنانير الممتزجة - وبين مايجري مجرى المبهم والمشتبه كاختلاط الخيل بالخيل . وجود : ظاهر الاصحاب التفصيل، لان حصول الشركة في مثل خلط الدنانير لعله اجماعي .

والدليل على حصول الشركة حينئذ - بعد تنزيل العرف له منزلة الاستهلاك والاختلاط الحقيقي - امضاء الشارع . فلابد حينئذ في الامتزاجات الغير الحقيقية متابعة العرف وملاحظة تنزيلهم وحكمهم بخروج أجزاء مال كل عن قابلية الاختصاص . اذ لامرجع لذلك الا العرف حتى لو ورد في الدليل أن المزج سبب للشركة ، لان المرجع في موضوعات الادلة مفهوماً ومصداقاً ليس سوى العرف .

ومن هنا يجيء الاختلاف في ثبوت الشركة في بعض الامتزاجات العرفية بين العلماء ، حيث أن تشخيص التنزيل العرفي ليس من المصاديق الجلية الغير القابلة للخلاف . فكل مزج يوجب عد الممتزجين في العرف مالا واحداً وعد أعيان مال كل من الشريكين مستهلكة خارجة عن قابلية الاختصاص يحصل فيه الشركة . وكل مالايعد كذلك فهو من باب اشتباه مال بمال .

ومن هنا يختلف الحكم من حيث اختلاف الممتزجين كما مزج حبة من الحنطة بمثلها لايؤثر في حصول الشركة . لانهما لايعدان في العرف مالا واحداً أوملكاً كذلك . فاختصاص كل منهما بعين ماله باقية وان اشتبها في الظاهر بخلاف مزج القبضة بالقبضة .

ويؤيده ما ورد في مسألة مالو استودع من اثنين ثلاثة دراهم درهماً من احدهما ودرهمين من الاخر ثم تلف أحدها من غير تفريط ، من أنه يعطى صاحب الدرهمين درهماً ونصفاً وصاحب الدرهم النصف ، فانه غير منطبق على

قاعدة الشركة ، مع أن حصول الشركة في مزج الدنانير مما لاخلاف فيه ، فليس ذلك الا لمتابعة الحكم للصدق العرفي وعـدم صدق المال الواحد على الممتزج من القليلين .

[الدليل على حصول الشركة في مزج المائعات]

ثم ان الدليل في حصول الشركة في مزج المائعات ـ ولو كانت مختلفة بحسب الجنس ـ ما عرفت من خروج عيـن مال كل عن الماليـة بل الملكية وقيامها بالمجموع المركب . فلاحاجة في اثبات الشركة فيها الى دليل شرعي . وأما حصول الشركة في المزج العرفي فهو الاجماع ، لان حصول الشركة هنا في الجملة ممالاخلاف فيه ، بل لو قيل ان الخلاف انما يجيء فيه خفاء صدق المال الواحد على بعض صور المزج ووضوحه لامن قصور الدليل الشرعي وعدمه كان خفاء . والله العالم .

التقساط

[صحة قسمة الارث وجوازها]

لااشكال ولا خلاف في صحة القسمة وجوازها ، بمعنى ترتب آثارها التي كلها أو جلها ترجع الى فوائد انفراز كل من النصيبين عن الاخر .

ويدل عليه ـ بعد الاجماع ـ أدلة نفي الضرر ، لان الشركة ضرر .

وهل هي من قبيل العقود والايقاعات أوالموضوعات المترتبة عليها الاحكام كالالتقاط والغصب والاحياء والحيازة والنسب ونحوها ممالايرجع الى عقد أو ايقاع ؟ فيه وجوه واحتمالات ، أقواها الاخير .

ويؤيد الاول أويدل عليه اعتبار التراضي من الطرفين فيها حتى في القسمة الاجبارية . لان الحاكم ولي الممتنع فيقوم رضاؤه مقام رضائه .

لكنه كما ترى ، اذ مجرد اعتبار التراضي لايدل على كون المعتبر فيه عقداً ، لان كل عقد يعتبر فيه الرضا لا أن كل اعتبار رضاء يخص بالعقد ، والامر فيه سهل ، وانما الكلام في سببها وماتحصل به ، فان فيه أقوالا ثلاثة : الاول حصولها بمجرد التراضي من دون قرعة ، والثاني اعتبار القرعة مطلقاً ، والثالث القرعة المتعقبة بالرضا المتأخر .

(واستدل على الاول) بعموم « الناس مسلطون على أموالهم »[١] وقوله «لايحل مال امرىء مسلم الابطيب نفسه»[٢] ، وقد أوضحنا ضعف الاستدلال بهما في أمثال المقام مرارا وقلنا : ان تعميم جهات السلطنة لاينافي اناطة التصرف بسبب خاص ، فلو قال المولى « أنت مسلط على مالك وافعل ماشئت من البيع والصلح والهبة ونحوها » ثم قال « لايتحقق النقل والانتقال الا بسبب خاص كالصيغة العربية » لم يكن ذلك منافياً لقوله الاول ، لان مقابل السلطنة العامة الحجر على بعض التصرفات . والاقتصار في سبب النقل على شيء خاص ليس فيه رائحة الحجر في التصرف كما لايخفى .

وأما الاستدلال بالاخير فهو أضعف ، لان مفاده مدخلية طيب النفس في الحل . وهذا لاينافي اعتبار شيء آخر معه من عقد أولفظ أونحوهما ، لان مفاد مثل هذا الكلام ليس كون المستثنى علة تامة ، بل نظير قوله صلى الله عليه وآله

(١) بحار الانوار ٢ / ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل ج٣ ب٣ من ابواب مكان المصلي بلفظ « لايحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه » .

« لاصلاة الا بطهور » و « لاصلاة الابفاتحة الكتاب »[١] وأشباههما من الدلالة على مدخلية المستثنى وشرطيته .

والنكتة في التعبيرعن هذا الشرط بمثل هذه العبارة كونه فيبعض الاحيان علة تامة ، كما اذا حصل بعد استجماع سائرالشرائط ، فان الجزء الاخيربمنزلة تمام العلة في حصول الاثر عنده .

(واستدل على الثاني) بأدلة القرعة وظهورها في اللزوم[٢] . وهو كذلك ، لان القرعة على تقديرجريانها في المقام يجب العمل بمقتضاها والا كانت لغواً . مضافاً الى اشتمال أخبارها على ماهو كالصريح في اللزوم .

الا أن يمنع عن جريان القرعة في المقام . وهو خلاف الاجماع ظاهراً ، لان شرعية القرعة في مقام التقسيم في الجملة أمر معلوم . وحيث علم صلاحية المقامله صح الاستدلال باطلاق أوعموم أدلتها عند الشك في اعتبار أمر زائد .

نعم مع الشك في الصلاحيـة فهي من العمومـات الموهونة الغير القابلة للاستدلال والاحتجاج ، نظيركثيرمن القواعد ، مثل قاعدة نفي الضرر والعسر وقاعدة الاعتداء المدلول بقوله « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم »[٣] .

(واستدل على الثالث) باستصحاب بقاء الشركة وأصالة عدم ترتب أثر القسمة على مجرد القرعة ، لعدم نهوض أدلتها في الاستدلال عند الاصحاب في

(١) الوسائل ج٤ ب١ من ابواب القراءة في الصلاة ح١ بلفظ « لاصلاة له الا أن يقرأ بها في جهر أو اخفات » .

(٢) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح١٥ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٤ .

أشباه المقام ونظائره الذي لايخفى على المطلع ، فيؤخذ حينئذ بالقدر المتيقن ، وهي القرعة المتعقبة بالرضا المتأخر .

والاظهر من الاقوال الاول ، ويدل عليه أمران :

(الاول) انه لم يكتف بمجرد التراضي ، فأما يعتبر فيه غير القرعة كالصلح والبيع ونحوهما من العقود ـ بأن يبيع كل من الشريكين بعد تعديل السهمين حصة من أحدهما بحصته من الاخر أو يصالح عنه أو نحو ذلك ـ واما يعتبر فيه القرعة .

وكلاهما باطلان : أما الاول فلأن اعتبار مثل الصلح ونحوه يخرج القسمة عن كونها قسمة . لان القسمة ليست الا بحت الافراز وصرف التميز ، وتوقف حصولهما على مبادلة وصلح خلف محال . فافهم . وأما القرعة فلمنع شرعيتها في المقـام . لانها مشروعة في أحد مقامين ليس المقام منهما : أحدهما تمييز المجهول الواقعي . والثاني رفع التشاح والنزاع الفعليين أو الشأنيين عند تزاحم الحقين أو الحقوق . مثل اختلاف المتسابقين الى مكان مباح أو اختلاف المتعلمين على معلم دفعة في السبق واللحوق أو العبدين فيما اذا أوجب عتق أحدهما الغير المعين . كما لو نذر عتق أول مملوك يملك فملك اثنين دفعة . فانه يستخرج المعتق بالقرعة كما ورد بالاول الرواية(١) .

وليس في المقام مشاجرة واختلاف بين الشريكين . اذ الفرض تراضيهما على أن يكون أحد السهمين لاحدهما والاخر للاخر . فالقرعة لماذا ؟ بل يجري مجرى اللغو والعبث حينئذ . لعدم ترتب شيء من الاثرين عليه .

ودعوى اطلاق أدلتها أو عمومها الشامل لصورتي التشاجر وعدمه . ممنوعة ، يظهر وجـه المنع من التأمل في تلك الادلة ومصبها وموردهـا ، فانها بين ما

(١) الوسائل ج١٨ ب١٣ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

يختص بالاول كالرواية الواردة في الابن المشتبه بين الاثنين أو الشاة الموطوءة المشتبهة[١] . أو مايختص بالثاني حقيقة كما اذا كان ظاهرا فيه أو حكماً كما اذا كان مجملا وساكتاً من هذه الجهة .

فان قلت : سلمنا عدم شرعية القرعة وعدم فائدتها في مثل المقام لكن مجرد التراضي ليس بملزم . فلا تحصل القسمة .

قلنا : الملزم هو صدق عنوان التميز على مجرد التراضي بعد تعديل السهام ، فان حقيقة القسمة من الموضوعات العرفية وصدقها على التعديل المتعاقب بالتراضي معلوم بين معهود معروف معتاد بين الناس . فاذا حصلنا عنوان القسمة وصدقها بمجرد التراضي ترتب عليها اللزوم ، لان الانفراز بين النصيبين اذا حصل احتاج العود الى الشركة الى سبب جديد .

فان قلت : مجرد الصدق العرفي لايكفي بعد عدم الدليل الشرعي على صحته ، وأين الدليل ؟

قلنا : علمنا وبينا عدم اعتبار مدخلية شيء في القسمة سوى القرعة ، والصدق العرفي انما لايكفي في حصول الاثر اذا شككنا في شرط شرعي أو في أصل مشروعيته عند الشارع . وأما اذا علمنا أنها مشروعة -كما علمنا أن البيع عند الشارع ناقل في الجملة ثم علمنا عدم صلاحية شيء شرطاً فيها كصلاحية جملة من الاشياء للشرطية في البيع - فلاجرم يتعقبها الامضاء الشرعي أيضاً . فتأمل .

ثم ان هذا الكلام مع قطع النظر عن الدليل الثاني . والا فهو دليل شرعي ، فيحسم الاشكال رأساً .

(الثاني) قوله « المؤمنون عند شروطهم »[٢] لان الشرط معناه مجرد الالتزام ،

(١) الوسائل ج١٨ ب١٣ من ابواب كيفية الحكم ح١ .
(٢) الوسائل ج١٥ ب٢٠ من ابواب المهور .

وهوموجود في المقام ، لان التراضي في المقام عبارة عن التزام كل من الشريكين بأحد النصيبين فيلزمه .

ولايقدح في الاستدلال به كونه من العمومات الموهونة ،لان الفرض مطابقة قول صيانة لمضمونها وهو شرط العمل بمثلها ،كما قلنا في أدلة القرعة آنفاً وفي نظائرها سابقاً .

[هل يشترط رضا الطرفين في القرعة]

وحاصل الكلام أنه تتصور القرعة في صورتين :

« احداهما » ـ ما اذا كان القاسم ثالثاً كقاسم الامام أو وكيل المتقاسمين ، فان التقسيم حينئذ بلاقرعة ترجيح بلامرجح ، لان تعيين حق كل منهما في أحد السهمين اذا لم يكن من طرف صاحب الحق ورضائه لايمكن الا بمعين .

« والثانية » ـ ما اذا تراضيا على القرعة ابتداءاً ، فانها حينئذ تكون معينة لحق كل منهما عن الاخر .

وهل يعتبر بعدها الرضا؟ الظاهر العدم، لان القرعة ـ على تقدير شرعيتها ـ فظاهر أدلتها اللزوم كما عرفت . نعم مقتضى الاحتياط هو ذلك .

وأما اذا تراضيا بدون القرعة فليس لها مسرح في المقام . لان التراضي مرجعه الى تجاوز كل منهما عن حقه في السهم الاخر . والقرعة انما لتعيين المجهول أو لترجيح أحد الحقوق على الاخر كما في تسابق الاثنين على مباح أو ماء ونحوهما . والترجيح انما يحتاج اليه عند التشاح الفعلي أو الشأني ، فحيثما يجوز كل منهما عن حقه ويوقفه الى صاحبه لايجري فيه القرعة .

وان شئت قلت : ان القرعة لتعيين أحد الحقين ، وهو انما يتصور اذا كان كل منهما باقياً على حقه وملتزماته، فلو أسقط كل منهما حقه وتجاوز عنه كتجاوز

كل من المتقاسمين عن حقه في السهم الذي يختاره صاحبه سقطت القرعة .

وهذا مع وضوحه يتضح من النظر في أخبار القرعة(١) ، فانها بين ما لاتدل الا على شرعيتها في تعيين المجهـول ، وبين ماتدل على كونها مرجحة لاحـد الحقين المتزاحمين ، وبين ماتدل على أنها لرفع الامور المشكلة ، وبين ماتدل على أنه مافوض قوم أمرهم الى الله تعالى الا وقد هداهم الى الخير والصواب أو مايقرب من هذا العنوان .

ولا يـكاد ينطبق شيء من هذه العناوين على المقام ، وهو مـااذا تراضى الشريكان وفوض كل منهما الامر الى صاحبه ، بأن يقول لـه اختر ماشئت من السهمين المتعادلين .

فان قلت : بناءاً على ماذكرت يلزم بسقط القرعة اذا فوض كل من العبيـد أمر العتق الى صاحبه اذا كان على المولى عتق أحدهما المخير أو اعتقه كذلك بناءاً على صحة العتق .

قلت : العتق فيه جهة حق لله تعالى أيضاً ولـم يعلم أنه مما يمكن التفويض فيه ، والكلام انما هو بعد معلومية كون الحق حقاً للاثنين محضاً جائزاً لكـل منهمـا اسقاطه والتجاوز عنه ، فالحقوق المتزاحمة في مسألـة العتق لاتتعين الا بمعين الهي . والله العالم .

التقـاط

[هل يعتبر في القاسم التعدد أم لا ؟]

يعتبر في القسمة بالتقويم أن يكون المقوم متعدداً جامعاً لشرائط الشهادة ، لان التقويم شهادة .

(١) الوسائل ج١٨ ب١٣ من ابواب كيفية الحكم .

وهل يعتبر في القاسم من قبل الامـام عليه السلام التعـدد أم لا ؟ فذهب الاصحاب كما في المسالك الى عدم الاعتبار اقامة له مقام الحاكم .

وتوضيح الكلام هو : ان حقيقة القسمة تحصل بأمرين : تعديل السهام ، وتعيين أحدها لاحد الشركاء .

لاشبهة ولا ريب أن الامر الثاني مما لامعنى لاعتبار التعدد فيه ، لان التعيين لابد أن يكون بالقرعة . اذ لاوجه لاقتراح القاسم على المتقاسمين ، فتعدد القاسم في مسألة الافراز والتعيين الحاصلين بسبب القرعة لامعنى له .

وأما التعديل فهو مما لابد من احرازه في الواقع ولو بتسالم الشريكين ، اذ لولم يحصل ذلك لم يحصل القسمة . مثلااذا كان أحدالسهمين صاعاً والاخر صاعين لم يكن اختصاص كل منهما بأحد الشريكين قسمة سواء كان بالتراضي أو بالقرعة . فاذا وجب احراز تعديل السهام وجب اعتبار التعدد فيمن يباشره ويخبر عنه عند الحاكم .

فكلام الاصحاب ناظر الى أنه لايحتاج الافراز بالقرعة الى تعدد المقرع في السهام المتعادلة المفروغ عن تعادلهـا ، لأن التعديل اذا كان خلافيـاً بين الشريكين أو نظرياً عند الحاكم ، كما في بعض الاملاك والاراضي والعقارات المشتركة التي لايخلو تقسيمها عن غرض واشكال يجزي فيه الواحد .

هذا . ويحتمل أن يقـال : ان القسمة من شؤون الحكومة . فلا ضير في اناطتها بنظر الحاكم ومن يجري مجراه كالقاسم بكلا الجزئين . ومرجعه الى أن الحاكم أو القاسم اذا أحرز معادلة السهام بنظره نفذ على المتقاسمين قهراً . وقد يدعى ظهور عبارة المسالك في ذلك . وهو بعيد احتمالا ومحتملا . والله العالـم .

التقـاط

[اجرة القاسم على من هي ؟]

اذا كان القاسم منصوبـاً من قبل الحاكم فأجرته من بيت المـال لانه من المصالح . فان لم يتفق له الكفاية من بيت المال فأجرته على الشركاء ، سواء كان طالب القسمة جميعهم أوكان بعضهم . بلاخلاف محكي بين الاصحاب، خلافاً للمحكي عن ابي حنيفة وأحد وجهي الشافعي فيختص بالطالب . ورد بأن العمل المحترم وقع لهم أجمع فعليهم الاجرة .

وقد يناقش في ذلك وفيما ذكره الاصحاب بأن مجرد احترام العمل لايوجب الاجرة على من ينتفع بل لابد من صدوره باذنه وأمره ، واذا كان الطالب بعض الشركاء فغير الطالب غير راض بالقسمة فضلاعن أن يكون اذناً ، فمقتضى القاعدة كون الاجرة على الطالب خاصة . الا أن الاصحاب على خلافه .

ولعل نظرهم الى أنـه يجب على الشريك اجابة شريكه في القسمة . فاذا امتنع قام الحاكم مقامه في الاذن .

ويمكن النظر فيه بأن الواجب عليه عدم المعارضة مع الشريك اذا أراد افراز ماله عن ماله ولايجب عليه القسمة مباشرة أو تسبيباً حتى يكون امتناعه سبباً لقيام اذن الحاكم مقام اذنه ، فمبنى المسألة حينئذ هو أن الواجب على الشريك هل هو الاجابة الى القسمة اذا طالبها شريكه أوعدم المزاحمة والمعارضة ، فان بني على الاول كانت الاجرة عليهم أجمع لقيام اذن الحاكم مقام اذن الممتنع ، وان بني على الثاني كانت الاجرة على الطالب خاصة لانه الامر والاذن وان كان نفع القسمة يصل الى غير الطالب أيضاً .

[الاجرة توزع على الورثة بملاحظة الحصص]

ثم ان الاجرة توزع على الجميع بملاحظة الحصص لا بملاحظة الرؤس ، لان الشركة في العمل انما هي بنسبة مايترتب من الانتفاع المالي، والا فهو في نفسه ليس ممايتملك حتى يتصور الشركة . فاذا كان العمل لاثنين فان كان انتفاع كل منهما به بقدر انتفاع الاخر كان العمل بينهما نصفين وتكون أجرته عليهما أيضاً كذلك . وان كان انتفاع أحدهما به ضعف انتفاع الاخر كان العمل بينهما أثلاثاً وكذا الاجرة . وذلك كمحافظة المال المشترك . مثل الزرع المشترك بين الاثنين أو ثلاث بنصب الناطور . فمن كان حصته من الزرع أزيد كان عمل الناطور له أكثر . فالقسمة عمل يصل نفعها الى المتقاسمين بحسب نصيبهم ، فمن كان مالكاً للثلث مثلا كان له ثلث القسمة .

لايقال : نتيجة القسمة تميز النصيبين وافراز كل منهما عن الاخر ، وهما في هذه متساويان ، اذ لافرق بين السهم الزائد والسهم الناقص في صفة التميز والانفراز . فكل منهما ممتاز عن الاخر بمثل امتياز الاخر عنه .

لانا نقول : تميز السهم الاقل ليس مغايرا لتميز الازيد في نفس التميز بل في مقدار المالية والانتفاع . فان تميز الثلثين مثلا أكثر نفعاً من تميز الثلث .

وان شئت قلت : ان القسمة من مؤنة الاملاك، لان الشركة عيب فيها وضرر، والملك الكامل هو الملك الخالص ومؤنة تحصيلها القسمة . فاذا كانت القسمة من مؤنة الاملاك كانت حالها كحال المنفعة في توزيعها على مقدار الملكية والمالية، فكان صاحب الثلثين قد وصل اليه ثلثا القسمة كثلثي المنفعة .

وبعبارة ثالثة : ان القسمة تحدث في مال كل من الشريكين صفة جديدة مالية، وهي الخلوص والسلامة عن الاشاعة ، فكأن القاسم يريد من كل منهما أجـرة

احداث مايخص بمال كل منهمـا من الصفة . فاذا اختلفت الصفتان في المالية نظرا الى أن خلوص الثلثين أكمل في المالية من خلوص الثلث لزم على كل منهما دفع عوض ماحدث في ماله .

هذا كله في العمل البسيط العرفي كنظر الناظور والقسمة البسيطة العرفية كقسمة غير الموزون والمكيل والمزروع ونحوها ممالايحتاج في قسمتها سوى النظر . وأما القسمة المركبة من عدة أفعال خارجية مثل الوزن والكيل فالامر فيـه واضح . لان عمل القاسم حينئذ لصاحب الثلثيـن ضعف عمله لصاحب الثلث كماً وكيفاً ، لان افراز ثلثي المال الموزون بالوزن أكثر عملا من افراز ثلثه .

أقول : ولكن المدار ليس على ذلك . بل على ملاحظة مقدار الانتفاع . فقد يكون المتقاسمان متساوييـن في الانتفاع المالي مع كون العمل الخارجي لاحدهما أكثر . مثل ما اذا تراضيا على أن يكون لاحدهما الرديء الاكثر وللاخر الجيد الاقل . فالظاهر هنا قسمة الاجرة عليهما بالسوية .

ثم انه لا يقدح في تقسيم الاجرة بنسبة الحصص أفضاؤه الى ذهـاب مال قليل الحصة رأساً . فانه من خواص القسمة لا من خواص تقسيم الاجرة بنسبة الحصص . اذ لو قسم بنسبة الرؤس فربما يفضي الى ذهاب مال كل من المتقاسمين أيضا . والحاصل ان أجرة القاسم قد تزيد على قيمة مجموع الحصص ، وهذا عيب في القسمة لا في تقسيم أجرتها بنسبة الحصص . والله العالم .

التقــاط

| اجرة القاسم على من استأجره |

اذا لم يكن القاسم من طرف الحاكم بل من طرف أرباب المال ، فاما أن يستأجره الجميع أو بعضهم ، فان استأجره الكل فلا اشكال في صحة الاجارة ،

وكذا لو استأجره بعضهم أصالة عن نفسه ووكالة عن الباقي وكيفية تقسيم الاجرة كما تقدم ان لم يتعين في ضمن العقد ما على كل واحد من الشركاء . وان استأجره بعضهم ففي صحة استيجار الثاني ذلك الاجير فيما لو كان الشركاء اثنين اشكال ، لان تميز حق الثاني يحصل بعين تميز حق الاول والمفروض أنه مستحق على الاجير بمقتضى العقد الاول . فالعقد الثاني يبقى بلا مورد . لان شرط صحة الاجارة وقوعها على عمل مملوك غير مستحق عليه ببعض اسباب الاستحقاق .

وقد يقرر الاشكال : بأن تميز حق الثاني واجب على الاجير مقدمة لتميز حق الاول . وأخذ الاجرة على الواجب غير جائز . فيتوقف ورود الاشكال حينئذ على القول بوجوب المقدمة والقول بعدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، ففي القول بعدم وجوب المقدمة حينئذ استراحة عن الاشكال ، وكذا القول بجواز أخذ الاجرة على الواجبات التوصلية .

وفيه : أولا ان تميز حق الثاني ليس مقدمة لتميز حق الاول بل عينه ، لان التميز بين الاثنين نسبة الى كل منهما مثل نسبته الى الاخر . كفصل الشيء المتصل فانه اذا حصل انفصل كل من المتفاصلين عن الاخر بعين ذلك الفصل الجزئي الحقيقي .

وليس هنا فصلان متغايران أحدهما يكون متعلقا بأحدهما والاخر بالاخر . نعم يحصل من الفصل الواحد والتميز الواحد مفهومان متضايفان كل منهما في عرض الاخر . وهما تميز كل من المتمايزين عن الاخر وانفصاله عنه . لان تميز هذا عن ذاك غير تميز ذاك عن هذا مفهوماً . الا أنهما متضايفان متحصلان من فعل واحد خارجي ، وهو التميز والفصل الخارجيين .

فتوهم كون تميز حق الثاني مقدمة لتميز حق الاول . بين الفساد ، لانه ان أريد به التميز حقه المصدري ففيه أن تميز حقه عين تميز حق الاول ، فلامغايرة

بينهما لامفهوماً ولا مصداقاً وانما المغايرة بينهما بالاضافة والاعتبار . فان قيس ذلك الفعل الخارجي الى نصيب أحد الشريكين قيل انه تميز عن نصيب الاخر وان عكس انعكس . وان أريد التميز الذي هو حاصل التميز المصدري فهو ليس بمقدمة لتميز حق الاول ، لانهما مفهومان متضايفان حاصلان من فعل واحد في مرتبة واحدة لايجوز الاستيجار لاحدهما بعد الاستيجار للاخر ، لان النتائج بنفسها ليست بمجرى الاجارة الا بملاحظة مقدماتها التي هي الاعمال القابلة لها ، فاذا عقد على عمل باعتبار بعض نتائجه لم يجز العقد عليه ثانيا باعتبار النتيجة الاخرى .

ومن هنا يظهر أنه لافرق في ورود الاشكال بين أن يكون المعقود عليه في العقد الثاني تميز حق الثاني -أي الفعل الذي يحصل به الانفراز- أو التميز الذي هو الانفراز .

وثانيا - انه لاربط لوجوب المقدمة بالمقام بعد تسليم المقدمية ،لان المانع من صحة العقد الثاني ليس هو وجوب التميز على الاجير بل كونه مستحقاً عليه . وعدم وجوب المقدمة لاينافي كونه غير مملوك له مستحقاً عليه بالعقد الاول .

وثالثا - أنه لاربط لحرمة أخذ الاجرة على الواجبات بالمقام . لانا لو لم نقل بذلك فالاشكال أيضاً وارد . لماعرفت من أن المانع ليس هو وجوب تميز الحق الثاني بل كونه غير مملوك له مستحقاً للغير . وانما قيدنا محل الاشكال في العقد الثاني بمااذا كان الشركاء اثنين لانهم لو كانوا ثلاثة كان العقد الثاني صحيحاً ، لان العقد الاول قد ورد على تميز حق أحد الشركاء ، فيبقى تميز حق الشريكين مملوكاً له وغير مستحق عليه . نعم يتطرق الاشكال حينئذ في العقد الثالث كما يظهر بالتأمل .

هذا . وقد أجيب عن الاشكال بوجوه :

(أحدها) النقض بما لو استؤجر شخص في البيع عن أحد والشراء عن آخر، فان الاجير في البيع يجب عليه تحصيل الشراء مقدمة، فيكون العقد على الشراء عقداً على غير مملوك مستحق عليه. ذكره الفخر في محكي الايضاح.

وفيه: ان البيع والشراء فعلان مستقلان. والواجب على الاجير في البيع انشاء ايجـاب النقل عند وجـود المشتري ولا يجب عليه الشراء حتى يكون مستحقاً عليه.

ولو قيل: ان المراد بالبيع ليس هو مجرد انشاء الايجاب بل هو ايجـاد النقل الخارجي، والنقـل الخارجي يتوقف على الشراء فيجب عليه تحصيل الشراء مقدمـة. وبعبارة أخرى: يجب على الاجير في البيع انشاء الايجاب المقرون بالقبول. فتحصيل القبول واجب عليه من باب كونه مقدمة لحصول صفة المقارنة.

قيل: ان وجوب انشاء النقل المقرون بالقبول لايجعل القبول مستحقاً عليه، لان المراد بالقبول القبول الاختياري الذي هو مملوك المقابل. فالمستحق عليه هو تحصيل المقارنة لانفس المقرون الذي هو القبول. وبعبارة أخرى: القبول فعل مملوك للقابل ووجوب تحصيل مقارنته لايخرجه عن كونه مملوكاً للقابل. فاذاً يجوز له العقد على نفس القبول كالعقد على نفس الايجاب — فافهم انه دقيق.

(والثاني) مانقله في المسالك أيضاً، وهو أن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لافراز نصيبه، ولاسبيل اليه، لان افراز نصيبه لايمكن الا بالتصرف في نصيب الاخرين متردداً أوتقديراً، ولاسبيل اليه الابرضاهم. نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضى الباقين فيكون أصيلاووكيلا ولاحاجة الى عقد الباقين — انتهى.

ويرد عليه: ان المانع من ترتب العقود ليس هواستلزام صحة العقد الاول

التصرف في نصيب الاخرين ، لامكان فرض جواز التصرف أو عدم الحاجة اليه . بل المانع هو وقوع العقد الثاني على عين ماوقع عليه الاول ، وهوغير مرتفع برضاء الشركاء ، اذ على تقدير رضاهم بالعقد الاول فاما يعقدون على القسمة ثانياً أو يكتفون بالاول ، والثاني خلاف الفرض والاول غير جائز لعدم محل قبل العقد الثاني .

وقد أجيب أيضاً بوجه آخر غير ناهض في رفع الاشكال . والتحقيق أنه لوفرض للعقد الثاني محل مغاير لمورد العقد الاول صح العقد الثاني والا فلا . والله العالم .

التقاط

[الاجبار في تقسيم المثليات]

اذا كان المقسوم ممايتساوى أجزاؤه جنساً ووصفاً وقيمة كالحبوب والادهان ونحوهما من المثليات دخل على قسمتها الاجبار .

قال في الشرائع : ويقسم هذا القسم كيلا ووزناً متساوياً ومتفاضلا ربوياً كان أو غيره ، لان القسمة تميز حق لابيع .

وأخذه في المسالك بماحاصله : ان التفاضل ان كان باعتبار اختلاف السهام كثرة وقلة كالثلث والثلثين فهذا ليس تفاضلا في القسمة ، لان الاصل في القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق . وان كان باعتبار ترجيح أحدهما على الاخر بتوفير جانبه زيادة على حقه فليس ذلك داخلا في القسمة بل هو هبة محض الزائد . فلو ترك قوله متساوياً ومتفاضلا كان أولى .

وفي بعض حواشي المسالك : فرض التفاضل بأخذ أحدهما الاقل لجودته والاخر الاكثر لرداءته . وهذا جيد لكنه لايجوز في مسألة الاجبار على القسمة ،

لان شرط الاجبار تساوي الاجزاء جنساً ووصفاً وقيمـة ، مع أنه صرح في هذا القسم بالاجبار على القسمة . وتأويل كلامه أنه أراد الاجبار في بعض الصور ، بناءاً على ان مراده بالتساوي الاجزاء المثليات مطلقاً سواء تساوى أجزاؤه في القيمة أم لا . تعسف في تعسف .

ويمكن أن يوجه بأنه أراد بالتفاضل الاشارة الى جواز حصول الشركة في العين الممتزجة من الجيد والرديء المتساويين في المقدار، لانه قول في المسألة كما نقل صاحب المسالك في باب المفلس عن الشيخ أنه نقل هذا القول عن بعض ، فانه على هذا القول تكون القسمة بالتفاضل مع دخول الاجبار عليه ، وهو بعيد .

وكيف كان فالاصل في القسمة اعتبار التراضي ، فالاجبار مخالف للاصل مطلقاً . لان حقيقـة القسمة وان كانت افرازاً الا أنها افراز جعلي يستتبع انتقال مال كل منهما الى الاخر بالحس والعيان ، فلابد فيها من التراضي . لاصالة بقاء ملك كل على ماله .

ويدل عليه أيضاً قوله «لايحل مال امرىء الابطيب نفسه»[1] بناءاً على أن الحل كناية عن خروجه عن ملكه . بل ولو أبقي على ظاهره من جواز التصرف ، لانه اذا لم يجز التصرف في ملك الغير الا بطيب نفسه فلا ينتقل ملكه الى غيره الا بالطيب بالفحوى والاولوية الجلية ، فلابـد في دخول الاجبار على القسمة من قيام دليل .

فقد يستدل على ذلك بقاعدة السلطنة . بناءاً على أن افراز المال من وجوهها، ولعله يشير الى ذلك قول المحقق : ويجبر الممتنع على مطالبة الشريك بالقسمة

(١) الوسائل ج٣ ب٣ من أبواب مكان المصلي بلفظ « لايحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه » .

لان الانسان له ولاية على الانتفاع بماله والانفراز أكمل نفعاً . وهو محصل ما ذكره الشيخ في محكي المبسوط .

ويمكن المناقشة فيه بأن السلطنة على الافراز ترجع الى السلطنة على تقليب مال وهو المشاع الى مال آخر وهو المعين . وهذا ليس من وجود الانتفاع بالمال وطرق السلطنة عليه ، اذ لا يفهم بين قولنا « زيد مسلط على داره » و « ليس له جعل داره حماماً » مثلا منافاة .

والسر في ذلك أن مقتضى عموم القضية وكليتها ليس سوى سريان الحكم الى جميع أفراد موضوعه مع بقاء الموضوع على حاله ، وليس له دلالة على كيفية حال الموضوع وأنه مما يمكن تقلبه الى موضوع آخر .

ويمكن أن يقال : ان افراز مال المشاع وتعينه ـ وان كان تبديلا للمال بمال آخر في دقيق النظر بمعنى افنائه رأساً واحداث مال جديد لاخراجه من الملك فافهم ـ الا أن التعيين والاشاعة في العرف معدودان من الاحوال الطارئة على مال واحد . فالافراز بعد عرفاً من وجوه التصرف في المال المشاع .

[ضعف الاستدلال بقاعدة لاضرر على دخول الاجبار]

هذا . ومما ذكرنا ظهر ضعف الاستدلال بقاعدة لاضرر على دخول الاجبار في القسمة أيضاً ، بل الاستدلال به أضعف . لان الضرر اذا كان من لوازم وجود المال فلا وجه لرفعه بتبديله الى مال آخر . ويجري فيه التوجيه المزبور أيضاً ، لان التقسيم اذا عد من وجوه التصرف في المال كان في منعه وعدم الاجابة اليه مع عدم الضرر ضرراً على الملتمس .

فان قلت : في القسمة يحصل انتقال كل مال من الشريكين الى الاخر ولو كانت افرازاً ، لان كونها كذلك جعلي لا واقعية له على ماهو المختار المنصور

في معنى الاشاعة من أنها عبارة عن كون كل جزء جزء قابل للتنصيف الى نصفين قابلين للملك بين الشريكين، فحقيقة القسمة الاجبارية ترجع الى دخول مال كل منهما الى ملك صاحبه بدون رضائه . وليس في شيء من القواعد مايساعده ، بل يدل عليه صريح قوله « لايحل مال امرىء الا بطيب نفسه » بالبيان المتقدم آنفاً .

وأنى بقاعدة السلطنة دلالة على حصول تملك مال الغير بدون رضائه ، أم كيف يكفي كونها اضراراً جعلياً في امضاء الشارع اياه على وجه يخرج به عن قضية القواعد ، لان الجعل العرفي يحتاج الى الامضاء الشرعي ، ومع وجود الردع بنحو قوله « لايحل » كيف يدعى الامضاء ؟

قلت : مـاذكرت من استتباع القسمة انتقال مال كل منهما الى الاخر مبني على اعتبار عقلي ملغى في نظر العرف ، فان القسمة عنـد العرف محض تميز وصرف افراز ، فتعيين النصف المشاع عند العرف يجري مجرى افراز أحـد مصرعي الباب المتلاصقة عن الاخر أو كتشخيص أحد المشتبهين عن الاخر ، وليس لذلك الاعتبار العقلي أثر في نظرهم ، حتى ان الانتقال حقيقة غير موجود عندهم في القسمة .

واذا كان الامر كذلك كان منع الشخص عن افراز ماله منعاً له عن التصرف في ماله عرفاً وادخالا للضرر عليه، ولاريب أن السلطنة والضرر من الموضوعات العرفية كالنقل والانتقال . فيدوران مـدار الصدق العرفي . فالسلطنة على المال أمر عرفي كما أن نفس موضوع المـال أيضاً عرفي ، فكما لايلتفت الى الدقة العقلية في بعض الاموال العرفية كالمعدومات كذلك لايلتفت الى الدقة العقلية في بعض مصاديق السلطنة .

فكما أن دقيق النظر يمنع عن الحكم بملك المعدومات وكونها مالا كالمنافع المتجددة في الدهور اللاحقة ومع ذلك يجري عليها حكم الاموال عرفاً وشرعاً

كذلك يجري على القسمة حكم السلطنة عرفاً وشرعاً وان كان دقيق النظر يقضي بعدم كونها سلطنة .

فظهر أن ماذكره الاصحاب في خصوص متساوي الاجزاء جنساً ووصفاً من دخول الاجبار على القسمة منطبق على القاعدة . والله العالم .

التقـاط

[في أي نوع من القسمة يدخل الاجبار]

بعد ماعرفت من دخول الاجبار على القسمة فاعلم : ان القسمة تنقسم أولا الى قسمة ضررية وغيرها . والثاني تنقسم الى قسمة عينية وقسمة مالية وقسمة رديـة :

والمراد بالقسمة الضررية مايوجب خروج السهام بعـد القسمة عن المالية مطلقاً أو بما يعد في العرف ضررا كثيرا كتقسيم الجوهرة وتنصيفها نصفين .

وبالقسمة العينية أن ينقسم المشاع بعينها بأن يتحصص عينها حسب حصص الشركاء ، وذلـك بأن يكون المشترك مـالا متساوي الاجزاء في جميع صفات المالية وقابلا للتحصص بالحصص بالتجزية وتعديـل السهام كماً وكيفاً بالوزن في الموزون والكيل في المكيل والزرع في المزروع والمساحة في الاراضي المتساوية الاجزاء وصفاً وجنساً .

وبالقسمة المالية أن ينقسم المشاع بحسب الماليـة دون الكمية والكيفية . وذلك بأن يكون المال المشترك مالا مختلفة الاجزاء في القيمـة . سواء كان من جنس واحد كالحنطة أو من أجناس مختلفة كالحنطة والشعير والدار والثوب . ويلاحظ في تعديل السهام مقدار ماليتها فيجعل وزنتان من الشعير سهماً ووزنـة من الحنطة سهماً .

وبالقسمة الرديئة مايمتنع فيه تعديل السهام عيناً وقيمة الا بعد اضافة مال خارجي اليه حتى يصير بذلك مالا آخر قابلاللقسمة . وقد تطلق القسمة الرديئة على مايعم القسمة المالية .

اذا تحقق ذلك فاعلم أن القسمة الضررية لاتقبل الاجبار ، لتعارض قاعدة السلطنة مع قاعدة نفي الضرر فيتساقطان ، أو أن قاعدة نفي الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة كحكومتها على سائر القواعد العامة .

وهذا لاخلاف فيه ولا اشكال ، وسيأتي توضيح المراد بالضرر الواقع للاجبار ، ومورد القسمة الاجبارية هي ماعدا القسمة الضررية ، فنقول :

ان القسمة الرديئة أيضاً لا تقبل الاجبار ولو كانت افرازاً لامعاوضة ، لان الدليل على الاجبار هي قاعدة السلطنة بالبيان المتقدم ، وهي لاتنهض بادخال الاجبار في القسمة اذا كان فيها رد . لان المفروض عدم قابلية المال المشاع بنفسه للتقسيم عيناً ولا قيمة ، فموضوع السلطنة حينئذ غير محقق وانما يتحقق بعدفرض اضافة أمر خارجي اليه . فالمال المشاع الموجود غير قابل للسلطنة عليه وافرازه والقابل — وهوالمجموع المركب منه ومن الرد — ليس بمال مشترك .

والحاصل ان الواجب انما هو الاجابة الى القسمة مع وجود موضوعها والمحل القابل لها ، وأما تحقيق موضوعها وايجاد محل قابل لها باضافة مال خارجي فليس بواجب على الشريك ولو اعضاءا ، بأن يكون الراد غيرالممتنع .

واما القسمتان الاوليان — أعني العينية والمالية — فيدخلهما الاجبار مع عدم الضرر . لكن الاصل في الاجبارهو الاول . فمتى أمكن تعديل السهام بحسب الكم والكيف لم يجبر على التعديل بالقيمة ، لان كل جزء من المال متعلق بحق الشركاء ، فلا وجه لمنعه عن حقه .

وبعبارة أخرى : ان حرمان الشخص عن عين ماله الى القيمة حكم مناف

لقاعدة السلطنة ، وانما يعدل عن العين الى المال مع عدم امكان التوصل الى العين ، فلو كان المال أجناساً مختلفة كالحنطة والشعير لم يجبر على التعديل بالقيمة . بل لكل من الشركاء الاقتراح بتقسيم كل جنس ، بل له الاقتراح بتقسيم كل جزء في الجنس الواحد . فيقسم كل واحد من آحاد البطيخ اذا لم يرض أحد الشركاء الا بذلك .

نعم ليس له ذلك اذا لم يتعلق به غرض عقلائي ، كتقسيم كل جزء حبة من حبات الحنطة ولو لم يخرج عن المالية بسبب قابليته للطحن بعد التقسيم أيضاً . لان مثل هذا الاقتراح بمعزل عن مقاصد العقلاء . لان الالزامات الشرعية لاتتعلق بما لايتعلق به غرض العقلاء .

ومن هنا لايلزم الوفاء بالشرط الخارج عن مقاصد العقلاء في ضمن العقد ولو تعلق به غرض في خصوص الواقعة الشخصية لبعض الشركاء ، ففي وجوب الاجابة حينئذ نظر : من عموم السلطنة مع اقترانها بالغرض الصحيح ، ومن كون المدار في أمثال المقام على ملاحظة حال العقلاء نوعاً لاشخصاً .

وعلى هذا فلابد من تنزيل اطلاق كلماتهم في الاجبار على القسمة بحسب المالية في بعض الامثلة على مااذا تعذر فيه القسمة العينية لعذر عقلي أو شرعي وبه صرح في محكي التذكرة حيث قال ماحاصله : ان للشريك الامتزاج بتقسيم كل عين من أعيان المال المشترك وعدم الاجابة الى التقسيم بحسب المالية بتعديل السهام قيمة وانه لايجبر على ذلك مع امكان تقسيم الاعيان .

| عدم دخول الاجبار مع عدم امكان التعديل فى القسمة |

هذا اذا أمكن التعديل بحسب الكم والكيف ولو بتقسيم كل عين من الاعيان المشتركة بحيالها ، وأما مع عدم امكان ذلك وانحصار التقسيم في التعديل

بحسب المالية والقيمة - كما اذا كان المال المشترك عبيداً متعددة قابلة للتعديل بالقيمة بأن يرى أحد العبيد مائة ومجموع الاثنين مائة ونحو ذلك من الفروض - ففي دخول الاجبار على القسمة حينئذ بالتعديل قيمة مطلقاً أو عدم الاجبار مطلقاً أو التفصيل بين مايتسامح فيه العقلاء من حيث تعلق الغرض بنفس الاعيان فالاجبار وما لايتسامح فالعدم ، وجود .

(وجه الاول) عموم قاعدة السلطنة وعدم الالتفات الى تعلق الغرض بالعين ، لان فائدة القسمة هي التفصيل الى تكميل المال وتخليصه من الاشاعة ، وهو حاصل مع التعديل بحسب القيمة . وأما الغرض المتعلق بالعين فوضع القسمة الاجبارية على عدم مراعاته والغائه رأساً . والا امتنع الاجبار مطلقاً ، لان القسمة يلزمها انقطاع يد كل من الشريكين عن عين نصيب الاخر ، فلا يكون حينئذ اجبار أصلا حتى فيما يمكن فيه القسمة العينية ، ولذا جعل بعض الاصحاب سقوط الاجبار في القسمة بتعديل القيمة رأساً .

(ووجه الثاني) ماعرفت آنفاً من أن قطع سلطنة الشخص عن عين ماله وتعيين حقه في بعض أعيان المشترك غصباً عليه ليس مما يقتضيه قاعدة السلطنة ، بل هو مناف لتلك القاعدة ، فكما أن ملتمس القسمة يريد التوصل الى تكميل ماله بالقسمة فكذلك الممتنع يريد التمتع بعين ماله كالدار مثلا . فالاقتراح عليه باخراج عين الدار عن يده أو عين الفرس مثلا مناف لقاعدة نفي الضرر .

وان شئت قلت : ان القسمة اذا لم تتصور في كل عين من أعيان المال وانحصر تعديلها بالتقويم كانت ضرراً ، لاستلزامها انقطاع يد الشريك عن عين ماله ، فيندرج تحت القسمة الضررية التي لا اجبار فيها .

ودعوى أن فوت الغرض المتعلق بالعين ليس بضرر ، اذ المعتبر في الضرر هو الضرر المالي . مدفوعة بأن الاشاعة ليست ضرراً مالياً ، بل ربما يكون

قيمة النصف المشاع مثلا أزيد من قيمة النصف المفروز أو مساوياً . مع أنهم استدلوا على الاجبار في القسمة بأن الشركة ضرر فيجب نفيه .

| لاترجيح لغرض الملتمس للقسمة على غرض الممتنع منها |

والحاصل ان انقطاع سلطنة الشخص عن بعض أعيان ماله ولو على نحو الاشاعة وتعيين تمام حقه في بعض تلك الاعيان ليس مما يدل عليه دليل ، اذ لا ترجيح لغرض الملتمس على غرض الممتنع . فكما أن الملتمس يريد التوصل الى بعض الأغراض التي لايترتب على فوته ضرر مالي والاستقلال بالمال واخراجه عن الاشاعة . ضرورة عدم توجه ضرر مالي ونقصان في المالية اليه على فرض بقاء حصته على الاشاعة . فكذلك الممتنع يريد محافظة بعض أغراضه التي لا يترتب على فوتها ضرر مالي . وترجيح جانب الملتمس باجبار الممتنع على القسمة ترجيح بلا مرجح .

(ووجه التفصيل) ان الاغراض المتعلقة بالاعيان ليست على نهج واحد عند العقلاء ، فربما يكون الغرض المتعلق بالعين ملغى في نظر العرف كما هو مبنى دخول الاجبار في القسمة العينية . أي القسمة بحسب الكم والكيف . لان المال اذا كانت أجزاؤه متساوية وصفاً وجنساً وقابلا للتعديل بحسب الكم والكيف لم يلزم من التقسيم والافراز الانقطاع يد كل من الشريكين عن عين نصيب الاخر . وحيث أن المفروض عدم التفاوت العقلاني بين نصيبه ونصيب شريكه عيناً ولا قيمة ألغاه الشارع أيضا ونزله منزلة الوصول الى تمام حقه عيناً وقيمة .

وهكذا اذا كان المال مختلفة الاجزاء بالاختلاف المتسامح فيه عند العقلاء من حيث تعلق الغرض بالخصوصية. فان كل اختلاف في الاجزاء ليس مما يصحح تعلق الغرض بالخصوصية . فربما يكون الغرض المتعلق بالخصوصية واجب

المراعاة عند العقلاء ، مثل الغرض المتعلق بخصوصية الدار ، فان منزلة الدار مثلا عند العقلاء ليس كمنزلة شيء آخر يساويها في القيمة مثل الثوب أو الجام ونحوهما :فان كان الغرض المتعلق بالخصوصية من قبيل الاول الذي يتسامح فيه لم يجب مراعاته بل يجبر صاحب ذلك الغرض وهو الممتنع، وان كان من قبيل الثاني يجب مراعاته فيزاحم حقه حق الملتمس . وهذا التفصيل أوفق بكلمات الاكثر.

ومن هنا قال العلامة « رد » بالاجبار في قسمة العبيد مع امكان تعديلها بالقسمة ، وبعدم الاجبار في قسمة العبد والجوهر مثلا المشترك فيهما بين الاثنين ، فان الاغراض المتعلقة بخصوص بعض العبيد ليس مما يزاحم بها غرض الافراز والاستقلال بالمال عند العقلاء . بخلاف الغرض المتعلق بجنس العبد أو الجوهر مثلا ، فانه مما يعتنى به عند العقلاء ، حتى انه ربما يرجح على غرض الافراز.

والحاصل ان المناط في الاجبار على القسمة بحسب المالية على هذا التفصيل عدم كون الغرض المتعلق بالخصوصية واجب المراعاة عند العقلاء نوعاً حتى لا يزاحم به غرض الافراز والتعيين الذي دعا الملتمس الى التماس القسمة .

ومن أجل ذلك تطرق الاشكال والنظر والتردد في كثير من صور القسمة المالية التي اشتمل على جملة منها كتب الاصحاب باعتبار الشك في كون الغرض المتعلق بالعين واجب المراعاة عند العقلاء أو ملغى رأساً أو بحيث يزاحم به غرض الافراز والتعيين في المال .

وهذا هو الاقوى . لان اختلاف الاغراض ربما يرجع الى اختلاف حال الشركاء من حيث التضرر بالقسمة وعدمها . كما اذا كانت تلك الاغراض مما يعتد بها العقلاء ، فتندرج القسمة حينئذ تحت القسمة الضررية التي لا اجبار فيها .

ودعوى عدم صدق الضرر على فوت الغرض العقلائي مع التساوي في

مقدار المالية . قد ظهر فسادها نقضاً بأصل الشركة وحلا بصدق الضرر عليه عرفاً. قال شيخنا الاستاد « ره » : وممن صرح بأن فوت الغرض ضرر على الشريك هو المحقق القمي في جواب سؤاله الفارسي . والله العالم .

التقـاط

[حكم الاموال المختلفة بين شركاء متعددين]

اذا كان أموال متعددة بين اثنين بأسباب مختلفة ـ مثل ماذا ورثا دارا من أبيهمـا وحماماً من أمهما وتملكا أرضاً بعقد بيع أوصلح أو نحو ذلك ـ فطريق القسمة حينئذ تقسيم كل مال بحياله ان أمكن ، ولو امتنع قسمة كل مال منفرداً وانحصر الامر في قسمة مجموعهـا بالتعديل بحسب القيمة ، فقد صرح بعض مشائخنا تبعاً للمحكي عن الشيخ « ره » بعدم دخول الاجبار على القسمة حينئذ بل عدم شرعية القسمة رأساً الا أن ترجع الى نحو صلح ونحوه ، لان القسمة حينئذ ترجع الى معاوضة مايستحقه أحد الشريكين في أحد العينين بما لصاحبه في الاخر ، فلا وجه للاجبار عليها . بخلاف مالو كانت الشركة في مجموع الاموال ، فان القسمة حينئذ ولو بتعديل السهام قيمة افراز لامعاوضة .

ومحصل هذا : ان سبب الشركة في كل منهما اذا كان مغايراً لسببها في الاخر كان هنا شركتان في مالين مشتركين ، ومقتضى كل شركة حصول الاشاعة في موضوعها . فحق كل منهما في كل من العينين ثابت على وجه الاشاعة في تلك العين ولايسري شيوعها الى العين الاخرى ، كما في صورة كون سبب الشركة واحداً . فاذا أريد تقسيم العينين بالتعديل وجعل كل من العينيـن سهماً رجع ذلك الى المعاوضة ، لان السهمين اذا لم يكن كل منهما على البدل قابلا للاختصاص

بأحد الشركاء بل كان نصف كل منهما مختصاً بكل من الشريكين فلا جرم يقع بين النصف من هذه العين وبين النصف من العين الاخرى معاوضة .

وهذا الكلام صحيح اذا لاحظنا كل واحد من العينيـن بحيالها وجعلناها مالامغايراً للاخر . وأما اذا لاحظناهما مالاواحداً ونظرنا الى المجموع المركب منهمـا نظراً الى أن هذا المجموع أيضاً مال آخر مغاير لكل منهما في لحاظ الانفراز لم ترجع القسمة حينئذ الى تبديل مايستحقه كل منهما في أحد العينين بما يستحقه الاخر في الاخرى ، لان ماليـة مجموع المالين بالنسبة الى مالكين مثل نسبة ماليته الى كل واحد .

فكما أن ذلك المجمـوع اذا كان لواحد كان نصفه وثلثه وربعه الى آخر الكسور ملكاً على نحو الاشاعة ، فكذلك اذا كان لاثنين يكون كل نصف منه ملكاً لكل منهما على سبيل الاشاعة ، بمعنى كونه صادقاً على جميع ما يتصور فيه من الانصاف على البدل ولاينحصرفي النصف الملفق من نصف أحد العينين ونصف الاخرى، بل يكون من مصاديقه كل واحد من العينين اذا كانتا متعادلتين بحسب القيمة . وبهذا الاعتبار يصح فيها القسمة تعديلا ، ويدخل عليها الأجبار أيضاً اذا لم يكن اختلاف الاموال مما تتفاوت به الاغراض .

ومما يؤيد ماقلنا أو يدل عليه أنه لم يقل أحـد في باب الشركة العقدية أن الاموال المشتركة لاتقسم تعديلا اذا امتنع قسمة كل من الاعيان افرازاً مع ان مال التجارة المشتركة يتجدد يوما فيوماً بحسب التقليب والتقلبات الحاصلة فيه من بيع وشراء ونحوهما .

ودعـوى الفرق بين مـال الشركة وبين مانحن فيه بأن ثمن الشركة مشاع بين الشريكين فيتجدد البيع ولومع تعدد العقد . بيّن الفساد ، لان الاشاعة في الثمن لا يوجب ارتفاع التعدد في تلك العقود الواقع كل منها على مبيع خاص

مغاير للجميع في العقد الآخر. مع أن البيع والشراء قد يتحققان مع كون الثمن في ذمة الشريكين . فلابد أن يلتزم بعدم جواز قسمة مايحصل منهما من الاموال بالتعديل .

وكذا يؤيد ماقلنا انقسام مال المضاربة بين العامل ورب المال مع ظهور الربح تعديلا مع حصوله بالاسباب المتعددة ، بل هذا أوضح لعدم الاشاعة في الثمن في المضاربة .

والحاصل ان تعدد الاسباب ليس بمانع عن القسمة تعديلا . نعم لابد من احراز كون تلك الاموال الحاصلة بالاسباب المتعددة مالا واحداً ولو بملاحظة مجموعها من حيث المجموع .

فان قيل :ان تعدد الاسباب يوجب عد مايحصل من كل سبب مالا مستقلا، فلا تأثير لملاحظة المجموع في جعلها مالا واحداً .

قلنا : تعدد الاسباب بمجرده لايؤثر، ولذا لو تملك نصف صبرة من الحنطة بسبب ونصفها الاخر بسبب آخر لم يخرج كون تلك الصبرة عن المال الواحد العرفي ، خصوصاً اذا كان المالك واحداً ، فالمناط في جعل أمور متعددة مالا واحدا أو متعددة شيء آخر ، اما قلة اختلافها جنسا أو وصفا أو غير ذلك .

وعلى أي حال فلايتفاوت الحال بين حصول الشركة في كل واحد من تلك الامور بسبب مستقل مختص وبين حصولها في الكل بسبب واحد . فالاظهر في صورة انحصار القسمة في التعديل الاجبار مع عدم توجه الضرر الى بعض ولو بفوت غرضه العقلائي كما مر . والله العالم .

التقــاط

[ذوا اليد يقسم بينهما المال الذى يدهما عليه]

اذا سأل الشريكان الحاكم القسمة وكان لهما بينة بالملك قسم بلا خلاف ولا اشكال . وان لم يكن لهما بينة وكان يدهما عليه ولا مناز ع فالمشهور أيضاً أنـه يقسم ، ونقل عن المبسوط أنه لايقسم وكذا نقل عن الدروس .

ومبنى المسألة على أن قسمة الحاكم حكم منه بالملك أو بمنزلته أو تصرف من التصرفات . نظير العقد بين رجـل وامرأة ، فانه ليس حكماً منه بالزوجيـة حتى لايجوز نقضه . والثمرة بين الوجهين لاتكاد تحصى .

ومما ذكرنا يظهر جواز القسمة، لانها ليست بحكم بل هي كسائر تصرفاته التي لاتستدعي بعض موازين القضاء بل أمارة من امارات العمل . والله العالم .

التقــاط

[المال المشترك الممتنع القسمة]

اذا امتنع قسمة المــال المشترك افرازاً وتعديلا . فههنــا يتصور القسمة بوجهين آخرين :

(أحدهما) أن يجعل الاكثر قيمة سهماً والاقل سهما . وفائدة القسمة على هذا الوجـه خروج الاقل خاصة عن الاشاعة وبقاء الاكثر بين الشريكين أيضاً على وجه الاشاعة بحسب مايبقى من حق آخذ الاقل . فلو كان المال عبدين قيمة أحدهما عشرة وقيمة الاخر عشرون وقسما على أن يكون الاقل سهماً والاكثر قيمة سهماً بقي الاكثر أيضاً مشتركاً بينهما . فيكون حق آخذ الاقل من العبد الذي قيمته عشرون ربعه ، فيشاركان أرباعاً .

(والوجه الثاني) أن يضاف الى الاقل مايساوي معه الاكثر في القيمة . وهذا يسمى بقسمة الرد ، وحقيقتها تسالم الشريكين على صيرورة مال خارج عن المشترك لاحدهما خاصة بدلا عن جزء معين كالربع أو السدس ونحوهما من العين المشاعة .

ولذا اتفقت الكلمة على أن قسمة الرد مشتملة على معاوضة ومعادلة وان لم تكن بيعاً ، فأحد العوضين لابد أن يكون ملكاً طلقاً لاحد الشريكين والاخر جزءاً معيناً من المشاع ، لابمعنى كون نفس ذلك الجزء مشاعاً بينهما، لاستحالة كون العوض والمعوض ولو بعضاً من شخص واحد ، بل بمعنى كون ذلك الجزء من العين المشاعة .

ولاريب أن الكسور المفروضة في الاعيان المشاعة تختص بكل واحد من الشركاء ببعض الاعتبارات . فنصف العين مثلا مشاع بين زيد وعمرو ولكن نصف زيد مختص به وكذلك نصف عمرو . فالمعوض هو الجزء المختص بأحدهما الذي يساوي الضميمة في المالية . فتدبر .

ولا خلاف ولا اشكال في أن قسمة الرد لاتقبل الاجبار كما ذكرنا سابقاً ، وكذا لااشكال في عدم الاجبار على الوجه الاول ، وهو الذي سمي بما لايخرج معه المال عن الاشاعة رأساً . لان الضرر المترتب على هذا النحو من القسمة آكد من فوات الغرض الذي تقدم عدم الاجبار معه ، فلابد في صحة كل من الوجهين من التراضي . فلو اتفقا على الرد وعدلت السهام وأقرع فهل تلزم بنفس القرعة على القول بعدم اعتبار الرضا بعدها في قسمة الافراز أم لاتلزم الا بالرضا بعدها ولوقيل باللزوم فيقسمة الافراز؟ ذهب الشيخ والاكثرالى الثاني .

وحاصل مااستدل به الشيخ على مختاره : ان القرعة تفيد في مثل المقام معرفة البائع من المشتري، فقبل القرعة لايعلم ، فاذا علم بها فلابد له وللمشتري

الذي تسالما على اشتغال ذمته بالزيادة في مقابل جزء من العين المشاعة والتراضي بعدها ، لان الرضا السابق ليس رضاء بالمعاوضة ، لعدم تعيين البائع والمشتري ، فالرضا بها مايكون بعد معرفة دافع الزيادة الذي هو بمنزلة البائع ومعرفة من يخرج من ملكه ذلك الجزء .

وقد يستشكل فيه بأن أدلة القرعة تفيد اللزوم كما مر ، فلامجال للرضا مع فرض شرعيتها ، ولذا استقرب بعض اللزوم من غير رضاء بعدها .

وفيه : ان لزوم العمل بالقرعة يختلف بحسب اختلاف المقامات، فان كان مؤداها التعيين أو الافراز ترتب عليها اللزوم من غير رضاء بعدها ، وأما اذا كان مؤداها مجرد التعديل الذي هو مقدمة للقسمة ، فالعمل بمؤداها لايزيد على الحكم بحصول التعديل بها .

وغرض الشيخ أن القرعة في قسمة الرد مقدمة للتعديل الذي هو مقدمة للقسمة وليست قسمة . وذلك لان الاقل لايعادل به الاكثر الابعد ضم مقدار من المال يساوي جزء من العين المشاعة اليه . والمفروض عدم كون الضميمة عيناً خارجية بل ولا كلي مافي الذمة .

وحيث كانت تلك الذمة مرددة بين أن تكون ذمة هذا الشريك أو ذاك ، لم تصلح لان يكون مافيها عوضاً عن جزء من المشاع ، وكذا لايصلح ذلك الجزء المردد بين أن يكون من مال هذا أو من مال ذاك معوضاً ، لان مافي الذمة انما يعد مالا اذا تعين محلها وعلم الملتزم بها على سبيل التعيين الظاهري أو الواقعي، وأما اذا كان الملتزم بها شخصاً مخيراً من أحد الشخصين غير معين في الظاهر ولا في الواقع فهذا لايصلح بدلا لشيء ، فاذا لم يصلح بدلا لم يفد ضم مثل ذلك الى الاقل التعديل بينه وبين الاكثر .

وبعبارة أخرى : اذا تراضيا بالرد والقرعة فقد تراضيا على استحقاق أحدهما

الغير المعين على الاخر مالا في ذمته في مقابل جزء من المشترك ، وهذا التراضي لايجعل الاقل مقابلا للاكثر ومعادلا له فعلا .

نعم اذا أقرع وتبين الملتزم بذلك المال الكلي حصل التعديل ، لان هذا المال الكلي في ذمة من خرجت باسمه مضافاً الى الاقل يعادل الاكثر . فاذا حصل التعديل قسم حينئذ بالتراضي ونحوه .

[الفرق بين قسمة الرد وقسمة الافراز]

ومن هنا بان الفرق بين قسمة الرد وقسمة الافراز ، لان الافراز لايتوقف تعديل السهام فيه الى القرعة ، اذ المعادلة بين الاعيان الخارجية أمر حسي غير متوقف على القرعة . فلايبقى للقرعة بعد الافراز والتعديل أثر الاحصول الانفراز ، ومعه يستغنى عن الرضاء المتأخر عملا بظاهر أدلتها . بخلاف القسمة الردية ، فان التعديل فيها أمر غير معقول قبل تعيين دافع الزيادة وأخذ الجزء ، فالقرعة حينئذ لاتفيد سوى ما ذكره الشيخ « رد » من معرفة البائع ، أراد أن معرفة البائع ليس نفس القسمة بل مقدمتها ، فبعد معرفته استعد المال للقسمة لحصول التعديل بملاحظة ضم الاقل مع ماالتزمه دافع الرد .

هذا ، أقول : يمكن أن يقال ان كون مفاد القرعة حينئذ هو التعديل دون القسمة لايستلزم اعتبار الرضا بعدها . لامكان القول بأن الرضا بالقرعة رضاء بالتعديل والقسمة معاً . فالشريكان اذا تسالما على الرد وعلى القرعة فقد تسالما على التعديل بموجب القرعة وعلى كونه قسمة وافرازاً . وبعد ماالستظهرنا اللزوم من أدلة القرعة بعد شرعيتها سقط اعتبار الرضا بعدها .

وأيضاً اذا لم يكن مفاد القرعة تميز الحق ولا تعيين المجهول بل مجرد

التعديل توجه المنع عن شرعيتها ، لما تقدم من أن شرعيتها منحصرة في أحد الموضعين .

ثم أن للشيخ استدلالا آخر على المسألة لو تم فانما يفيـد اعتبار الرضا بعدهـا في قسمة التعديل ، لانه قال : لما لم يعتبر الرضا في قسمة الاجبـار في الابتداء فكذلك في الاستدامة ، وهنا اعتبر التراضي فيالابتداء فكذا في الانتهاء كأنه أراد اعتبار الرضا الى آن التصرف ، لان القسمة بالتراضي قسمة معاطاتية فلا يلزم الا بعد التصرف . فحيث كانت القسمة قسمة تراض ولو كانت بالتعديل اعتبر فيه الرضا الى زمان التصرف الذي هو زمان اللزوم .

التقـاط

(في طور طريف آخر لتحقيق مقالة الاكثر)
[التعديل المتوقف على الرد]

وهو أن القسمة مسبوقة بالتعديل ضرورة . والتعديل فيما يتوقف فيه على الـرد انما يحصل صيرورة الرد جزءا من المقسم ، وكونـه جزءاً من المقسم يتوقف على تسالم الشريكين. لكونه بدلا عن جزء مشاع في العين وعلى تعيين الملتزم به الذي هو بمنزلة المشتري وتعيين من يخرج عن ملكه العوض ـأعني ذلك الجزء المشاع ـ وعلى اشتغال ذمة الملتزم بذلك الرد فعلا لاتصوراً أو فـرضاً .

فهنا أمور ثلاثة : الاول تسالم الشريكين على المبادلة من غير تعيين باذل الرد الذي هو بمنزلة المشتري وباذل الجزء الذي هو بمنزلة البائـع ، والثاني تعيين الباذل، والثالث صيرورة الرد مستقراً في ذمته ، اذ لولا الاشتغال الفعليلم

يكن الاقل معادلا للاكثر ، لان تعيين الملتزم به من غير تحقق الالتزام فعلا لايزيد في مالية الاقل حتى يعادل الاكثر .

والاول يجري مجرى المساومة في البيع ، والثاني يجري مجرى تعيين البائع من المشتري ، والثالث يجري مجرى البيع .

مثلا اذاكان المال المشترك عبدين قيمة أحدهما عشرة وقيمة الاخر عشرون فلابد فيه أولا من تسالم الشريكين على مبادلة جزء من العبد الذي يسوى عشرين بمال ، فلابد أولا من تقدير ذلك الجزء وتقدير قيمته ، وذلك الجزء في المثال هو ربع ذلك العبد، لان نصفه يقابل بتمام العبد الاخر ، فيبقى ربعان منه مشتركاً بين الشريكين ، فلكل منهما ربع من هذين الربعين وقيمة ذلك خمسة . ثم بعد ذلك لابد من تعيين من يدفع الخمسة ويأخذ ربع شريكه حتى يخلص له تمام العبد الذي قيمته عشرون . ويتبعه تعيين من يخرج عن ملكه ربعه المشاع في ذلك العبد ويمتلك الخمسة وتمام ذلك العبد الاخر . ثم بعد ذلك لابد من اشتغال ذمة الملتزم بالخمسة بها فعلا حتى تقوم تلك الخمسة مقام الربع الذي يتملكه بدفعها من العبد المشاع، اذلولا ذلك لما حصل التعادل بين العبد الذي قيمته عشرة وبين العبد الذي قيمته عشرون. ثم بعد ذلك لايحتاج الى التقسيم ثانياً، لحصوله حينئذ بنفس ذلك التعديل .

اذا تحقق ذلك فنقول : ان التسالم على الرد يحصل به الامر الاول والقرعة يحصل بها الامر الثاني ، لانها حينئذ تفيد معرفة البائع عن المشتري من غير تحقق نقل بعد . فالتعديل بعد غير حاصل . وأما الامر الثالث الذي به قوام التعديل ـ أعني استقرار الرد في ذمة المشتري كما عرفت ـ فلابد فيه من التراضي فالتراضي سبب لامرين التعديل والقسمة معاً .

أما سببيته للاول فلان القرعة لم تفد سوى تعيين البائع ، وقد عرفت أن

مجرد التعيين لايكفي في تحقق التعديل مالـم تشتغل ذمة المشتري بالرد فعلا ، فلابد في تنجز الاشتغال وتحققه فعلا من شيء آخر ليس هو الا الرضا المتأخر. وأمـا سببيته للقسمة اذ لامفهوم لها في المقام سوى استقرار الرد في ذمة أحـد الشريكين معيناً بأزاء مايتملكه من الربع المشاع ، وقد فرضنا حصوله بالرضا .

فان قلت : اذا جوزت حصـول التعديل والقسمة معاً بشيء واحد ـ وهـو الرضا المتأخر ـ فلملايجوز حصولهما بنفس القرعة التي تسالما عليه سابقاً . أو يقال :ان مجرد التسالم على مبادلة جزء من العبد الذي قيمته عشرون في المثال المزبور بشيء يكفي في حصول التعديل ، ولا حاجة الى تعيين باذل المردود وباذل الجزء فضلا عن حصول الاشتغال الفعلي بالمردود .

قلنا : القرعة انما شرعت للتميز لاللنقل، اذ ليس من الاسباب الناقلة القرعة وقد عرفت أن قسمة الرد ترجع الى مبادلة مال بمال، ولهذا لايجوز استناد أصل القسمة اليها بل الى التراضي الذي هو مبادلة معاطاتية . مضافاً الى مافي الأخيرين من التعسف، لان التسالم على المبادلة من غير تعيين البائع والمشتري واستقرار ذمة المشتري بالرد فعلا لايوجب كون العبد الذي قيمته عشرة عديلا للعبد الذي قيمته عشرون .

ومما ذكرنا يظهر أن قياس القرعة في المقام بها في قسمة الافراز والتعديل ليس في محله . لان قسمة الافراز والتعديل ليس فيهما مبادلة ؛ لما مر من أنهما عبارة عن صرف افراز الحق وتعيين المبهم ولو جعلا، بخلاف قسمة الرد فانها تشتمل على المعاوضة عرفاً وشرعاً بلا خلاف وان لم يكن بيعاً ، واذا لم تشتمل القسمة على المعاوضة ولو في نظر العرف لم يكن مانع من حصولها بنفس القرعة، لان القرعة تنهض بتعيين الحق وتمييزه ولاتنهض بنقل مال بعوض. والله العالم .

فرعان
[يتعلقان بأحكام الرد في القسمة]

(الاول) ان المردود لايجب أن يكون معادلا للجزء المشاع في المالية ، بل يجوز الشريكين التسالم على جعل شيء قليل بدلا عن ذلك الجزء كما هو الشأن في سائر المعاوضات، لأن المتعاوضين لهما على الاقتراح على البيع بغير ثمن المثل أو الصلح عليه أو نحوهما من العقود . فيجوز في المثال المزبور التسالم على بدلية قران واحد لربع العبد الذي فرضنا قيمته خمسة .

وهل يجري فيه خيار الغبن لو كان أحد الشريكين جاهلا بالحال ؟ الظاهر الجريان لوكان مدرك خيار الغبن قاعدة لاضرر . ومثله الكلام لو ظهر في المردود عيب .

(الثاني) قد ظهر أن قسمة الرد مشتملة على معاوضة ولكنها ليست بيعاً .

ويتفرع على ذلك أن أحكام المعاوضة المطلقة تجري فيها ، وأما أحكام البيع خاصة فلاتجري فيها . فالربا يجري في القسمة الردية، فلايجوز في المال الربوي جعل الرد زائداً عن الجزء المشاع وزناً . مثلا اذا كان المال المشترك مالين من جنس ربوي لم يكن تقسيمه بالافراز للضرر ولا بالتعديل لعدم المعادلة ، فان جعل الرد من غير الذهب مثلا كالفضة فلااشكال ، وان جعل من جنسه فلابد من مراعاة مساواته للجزء المشاع المعوض وزناً . فلا يجوز جعل المردود مثقالين من الذهب اذا كان مايقابله من الذهب الذي قيمته أكثر أقل من مثقالين كربع المثقال . كما يتفق كثيراً في المسكوك فان قيمة الذهب مثلا بملاحظة السكة غير قيمتها بدونها ، فيمكن أن يعادل ربع المثقال من المسكوك الربعين من غيره ولو مع التساوي في الجودة والرداءة فضلا عن صورة الاختلاف فيها .

وأما العرف فلا يجري أحكامه فيها ، فلايشترط في القسمة الردية التقابض فيمجلس القسمة لوكان المال المشترك من جنس النقدين ، وهكذا الى سائرما يخص البيع من الاحكام . والله العالم .

التقــاط

[ادعاء الغلط فيالقسمة وصوره]

اذا ادعى أحـد الشريكين الغلط في القسمة فالمدعى عليه امـا قاسم الامام عليه السلام أوأحد الشريكين ، وعلى التقديرين فالكلام تارة في صحة الدعوى وأخرى في توجه اليمين عند عدم البينة .

ثم الغلط في القسمة يتصور على قسميـن : أحدهمـا أن تكون السهام غير متعادلة . والثاني عدم وصول أحد الشريكين الىتمام نصيبه مع فرضالتعادل ، كمااذا كان لاحد اربعة السدس وللاخرسدسان وعدلت السهام أسداساً وقسمت ولكن صاحبالاسداس الاربعة لميكن وصل الىتمام حقه بلالىثلاثة أسداس .

فدعوى الغلط على الاول لعـدم معادلة السهام . وعلى الثاني دعوى لعدم وصول حقـه بتمامه اليه . فان ادعى الغلط على الوجـه الثاني فقول المدعي مطابق للاصل ، فهـو منكر حقيقة والمدعي صاحبه الذي يدعي وصول تمـام الحق اليه . لكن الظاهر خروج دعوى الغلط على هذا الوجه من مفروض كلام الاصحاب .

أقول : بل الظاهر عدم صدق الغلط في القسمة على عدم وصول تمام حق أحد الشريكين اليه . بل الظاهر عـدمكون الشريك حينئذ مدعى عليه ، الا أن يدعي عليه خيانة من السرقة ونحوها ، لان عدم ظفر أحد الشريكين بتمام حقه المفروض ليس مما يوجب شيئاً على الشريك الاخر .

وأما الدعوى على الوجه الاول فقد يقال انه مدع ، لان الاصل في القسمة الصحة . ويشكل ذلك بأن القسمة عبارة عن التميز ، وهو ليس مما ينقسم الى صحيح وفاسد حتى يجري فيه أصل الصحة كما نبهنا عليه في غير مثل المقام غير مرة ، حيث أشرنا الى أن مجرى أصل الصحة كل فعل ينقسم الى صحيح وفاسد لا مطلقاً ، مثل الوطي والغصب والاكل والشرب والسرقة والزنا ونحوها من موضوعات الاحكام .

وحينئذ فاجراء أصل الصحة في القسمة اما بملاحظة التقسيم الصوري الذي يتصور فيه الصحة والفساد أو بملاحظة سبب القسمة وهو الفصل ، أو الانشاء الخارجي القائم بالقاسم الذي يترتب عليه التميز وانفراز الحصص . لان هذا الفعل باعتبار كونه مؤثراً لافادة التميز تارة وغير مؤثر أخرى ينقسم الى صحيح وفاسد ، كالنقل وسببه الذي هو صيغة البيع ، فان الاول لا يجري فيه أصل الصحة لعدم انقسام النقل الواقعي الى صحيح وفاسد ، بخلاف الثاني وهو سبب النقل - أعني صيغة البيع - فانه باعتبار تأثيره أثر النقل تارة وعدم التأثير أخرى يتصف بهما ، فيجري فيه أصل الصحة .

وحينئذ نقول : ان كان المدعى عليه الشريك فلا اشكال في توجه الدعوى حينئذ ، لانه يدعي منه مالا في يده ، كما لا اشكال في توجه اليمين اليه . وانما الكلام في اشتراطها بدعوى أم لا ؟ ظاهر اطلاق الاصحاب والا قوى الاخير عند شيخنا « قده » ، لما ذكر من أن الدعوى ان تعلقت بما في يده وان عين ماله في يده فالدعوى بفعل النفس - سواء كان القاسم غيره كقاسم الامام وغيره أو هو - وليس المقام من باب الدعوى على الوارث بفعل أبيه .

وقد تقدم في محله ان الدعوى اذا كانت متعلقة بفعل النفس توجه اليمين

على البت ولو لم يدع العلم بل اعترف بعدم العلم أيضاً ، فان فائدة الاستحلاف حينئذ تظهر في الرد .

فان قلت : ماالفرق بين المقام وبين مالوادعى على الوارث عيناً من أعيان تركة أبيه وأنه غصبها ابود ، حيث أن الدعوى هنالك دعوى متعلقة بفعل الغير ، فلاتوجب اليمين الا مع دعوى العلم ، بخلاف المقام فانه دعوى بفعل النفس مع أن حصول مال الشريك في يد شريكه انما صار بسبب فعل الغير الذي هو القاسم مثلا .

قلنا : في الدعوى على الوارث أيضاً ترتب عليه اليمين بلادعوى العلم اذا ادعى العين وأنها ماله من غير تعرض لفعل المورث وغصبه لها . نعم لوتعرض له وقال ان هذه العين قد غصبها مورثيك كانت من الدعوى المتعلقة بفعل الغير .

فان قلت : نفرض المقام مثل ذلك ، بأن يقول أحد الشريكين للاخر ان القاسم قد غلط وجعل شيئاً من مالي في يدك باعتبار غلطه في التعديل بين سهمي وسهمك ، فلابد حينئذ من توقف السماع على دعوى العلم على الشريك .

قلنا : فرق بين القاسم والمورث . فان القاسم بمنزلة الوكيل في ايصال حقهما اليهما . فالدعوى المستندة الى فعل القاسم كالدعوى المستندة الى فعل الوكيل ، كأن يقول وكيلك في القرض قد استقرض مني .

هذا . ولابد في اتضاح الحال من التأمل فيما ذكرنا سابقاً ميزان من فعل النفس وميزان فعل الغير .

وان كان المدعى عليه القاسم . فقد يقال بسقوط الدعوى حينئذ كما هو القدر المتيقن من عبارة المحقق في الشرائع ، لان الدعوى على القاسم كدعوى الخيانة على الحاكم ، لكن فيه ان القاسم قائم مقام الحاكم في نفس التقسيم لا في مقدماته من التعديل .

[منشأ الغلط في التقسيم]

توضيحه : ان الغلط في التقسيم قد ينشأ من الخطأ في تعديل السهام وقد ينشأ من الخطأ في تطبيق السهام المعدلة على الموجود الخارجي ، كما اذا عدل المال بأن يكون حقتان من هذه الحنطة مقابل حقة من الاخرى ثم حصل الغلط في الافراز الخارجي ولم تكن الحقـة من هذه الحنطة مقدار الحقتين . وربما ينشأ من أشيـاء أخرى كنقصان الميزان ونحوه ، وقـد ينشأ من الغلط في نظر القاسم. ومن الواضح عدم تصور الخطأ في نظره ، فلابد من رجوع دعوى الغلط عليه الى دعوى الخطأ في بعض الامور المشار اليها التي ليس نظر القاسم فيها الا كنظر أهل الخبرة . فان نظره القائم مقام نظر الحاكم انما هو نظر في التقسيم الذي لايتصور فيه الخطأ .

فحينئذ لابد من التأمل في أن الخطأ في التعديل سبب للضمان لكونه تسبيباً للاتلاف أو مباشرة له أم لا ، وعلى الاول فلابد من النظر في أن الامنـاء هل يتوجه عليهم اليمين أم يصدقون بغير يمين اذا كانوا مدعى عليهم كتصديقهم مع اليمين اذا كانـوا مدعين فيما ائتمنوا فيه . فان تمت المسألتان ـ أعني كـون الغلط من أسباب الضمان وتوجه اليمين الى الامناء اذا كانوا مدعى عليهم ـ والا فلا .

ثم لافرق بين قاسم الامام ومن استأجره الشركاء للتقسيم .

ثم ان القسمة لو كانت بتعديل القيمة وأقـام المدعي البينة فيما كان المدعى عليه الشريك كان المقام من تعارض البينات . بناءاً على اشتراط العدالة والتعدد في المقوم . والله العالم .

التقـاط

| ظهور الاستحقاق فى المال بعد تقسيمه |

اذا اقتسم الشريكان مثلا ثم ظهر البعض مستحقـا . فان كان مع أحدهمـا بطلت القسمة ، ضرورة بقـاء استحقاق صاحب المستحق في نصيب شريكه ، وكذا لو كان بينهما لكن لابالسوية ، بأن يكون حق أحدهما قيمة أكثر لماذكرد ، ان كان بينهما بالسوية لم تبطل لبقاء المعادلة بين ماعداه من السهام بحالها .

هذا اذا كان البعض مستحقا معيناً . وان كان جزءاً مشاعاً كالثلث فيهما اذا اقتسما المال بينهما نصفين فظهر شريك آخر مثلهما في النصيب . فلااشكال في البطلان في المستحق . بمعنى ثبوته في كل من النصيبيـن على وجه الاشاعة ، وأما فيما زاد عنه فعن الشيخ قولان البطلان وعدمـه . والاول أظهر . لان الحكم بصحة القسمة حينئذ يستلزم خروج حصة الثالث عن بعض وجود الاشاعة من غير اذنه ولا اذن من يقوم مقامه ، بخلاف مالو حكم ببطلان القسمة فانها باقيـة على كمال اشاعته .

وانما قلنا ذلك لان مصاديق نصيبه ـ وهو الثلث في المثال المزبور ـ على تقدير بطلان القسمة وبقاء المال على اشاعته بين الشركاء الثلث أكثر من مصاديقها على تقدير الحكم بصحة القسمة . لان مصاديق ثلثه على هذا التقدير دائرة بين ثلث مجموع النصفين المركب منهما بالسوية . ولا يجوز تعيينه في أحدهما خاصة ولا فيما يتركب منهما بالاختلاف . مثل أن يؤخذ من أحدهما أكثر من الاخر . بخلافها على تقدير بقاء المال على الاشاعة الاولية . فانه صالح حينئذ لان يتعين في ثلث مركب من النصفين وأن يتعين في أحدهما خاصة وفي المركب منهما بالاختلاف وبالسوية .

وبالجملة لااشكال في أن اشاعة الثلث على تقدير بطلان القسمة مطلقاً أوسع دائرة من اشاعته على تقدير الصحة . وتقليل وجود الاشاعة كاعدامها رأساً يتوقف على اذن صاحب الحق أو اذن من يقوم مقامه ، خصوصاً اذا كانت القسمة رد لاشتمالها على المعاوضة حقيقة .

فان قلت : معنى الاشاعة هو كون كل جزء من أجزاء المال بين الشركاء على ماهو المختار لاكون كل سهم من الشركاء مفهوماً ذا مصاديق متعددة قابلا لان يتعين في كل واحد من تلك المصاديق كما هو خيرة بعض مشائخنا « قده » . والاشاعة بهذا المعنى أيضاً باقية ولو حكم بصحة التقسيم ، لان كل جزء من أجزاء كل من النصفين يفرض فيه حق للشريك الثالث وهو الثلث ، فليس في الخارج جزء لايكون ثلثه له حتى ينافي بقاء اشاعة ثلثه على حالها . وماذكرت من التفاوت في مصاديق الثلث على تقديري صحة القسمة وفسادها مسلم ، لكنه لايقدح في الاشاعة بالمعنى المزبور وانما يقدح فيها بمعنى اقتضائه تقليلا في وجوهها على القول بأن حق كل من الشركاء مفهوم كلي كالثلث صالح للتعيين في ضمن مصاديق متعددة ، والمفروض أنه غير مختار .

قلت : الاشاعة بالمعنى الذي اخترنا أيضاً لاتبقى على تصوير صحة القسمة بحالها . اذ من وجوهها على تقدير فسادها صلاحية التعيين في أحد النصفين خاصة أيضاً ، فانه اذا اعتبر جزآن من كل نصف مع جزء من النصف الاخر فأحد الاجزاء على سبيل التخيير حينئذ ملك له ، اذ ليست الاشاعة حينئذ الا بهذا المعنى .

وما بينا من معنى الاشاعة انما هو في غير هذه الملاحظة . لانا ذكرنا أنه اذا فرض قسمة المال الى أجزاء لاتقبل القسمة فالاشاعة ترجع الى كون كل جزء ملكاً لكل من الشريكين أو الشركاء على البدل ، وانما يرجع الى الاستحقاق في كل جزء قبل فرض انتهاء القسمة الى أجزاء غير منقسمة ، وحينئذ فان كانت

القسمة باطلة أمكن تعيين الثلث في أحد النصفين كما يظهر بالتأمل . بخلاف مالو قيل بصحتها .

هذا كله اذا قلنا بأن مرادهم ببطلان القسمة بقاء اشاعة مال الثالث على حالتها الاولية في مقابل من يقول بزوال اشاعتها في الجملة ، بمعنى تعيين ذلك المال بأن يكون سدسه في أحد النصفين وسدسه في النصف الاخر . وأما اذا كان المراد ببطلانها بطلانها بالنسبة الى المتقاسمين مع بقاء مال الثالث على اشاعته التامة فالاقرب الصحة ، لعدم اشتراط القسمة بتميز جميع الحصص جمع فيجوز تميز الحصتين بالتراضي مع بقاء الاخر على اشاعته ، وحينئذ فان أجاز الثالث التقسيم شارك كلا منهما بالسدس والا بطلت القسمة . لانه اذا لم يجز وأخذ تمام حقه أو أكثره من أحد النصيبين فلاجرم يكون صاحبه شريكاً للاخر كما هو واضح . والله العالم .

التقـاط

[صحة الاقالة بقاعدة السلطنة]

قـد ظهر مما مر أن من أدلة مشروعية القسمة على وجـه التراضي قاعدة السلطنة ، فاذا تسالما على القسمة قلنـا لهما ذلك ، لان « الناس مسلطون على أموالهـم » .

وهل يمكن اثبات صحة الاقالة بتلك القاعدة ؟ وجهان مبنيان على أن فسخ المتقاسمين واقالتهما هل يرجع الى ابطال أثر السبب الصحيح الواقع فلايمكن كما في فسخ العقود أو لايرجع .

ايضاحـه : ان قاعدة السلطنة تنهض في مقامين : أحدهما اثبات جواز التصرفات بأسرها التي منها النقل ، وثانيهما اثبات لزوم الملك بعد تحقق النقل .

اذ سلطنة الناقل على انتزاع المنقول من المنقول اليه مناف لسلطنته على ملكه مقتضى عدم سلطنته عليه ، وهذا هو اللزوم .

وأما ابطال أثر العقد الواقع مثلا بالتراضي والتقائل فليس ممايقتضيه قاعدة السلطنة . وحينئذ فان كانت القسمة من الاسباب لم يبطل أثر الا بالتراضي على الفسخ بمقتضى قاعدة السلطنة بل مقتضاها حينئذ اللزوم كما ظهر ، وان كانت من الاحكام ففي اقتضاء القاعدة عود الاشاعة الزائلة بمجرد التسالم على الفسخ أيضاً اشكال .

نعم لو استند فيه الى عمومات الاقالة لم يكن بعيداً . فما في القواعد من جواز الفسخ بالتراضي مبني على تلك العمومات .

ودعوى عدم شمولها للمقام نظرا الى اختصاصها بالعقود . مدفوعة بأن معنى الاقالة هي الفك والحل وابطال الاثر ـ سواء حصل بالعقد أو بالتباني والتعاهد والتراضي من دون عقد ـ فيجري في كل معاهدة ومراضاة .بل في الاعم منه أيضاً كما في قول الداعي « وأقلني عثرتي » .

نعم هنا كلام آخر ، وهو أن أثر التقسيم ليس على حد آثار العقود في قابلية البطلان والانحلال ولو حكماً . لان أثر التقسيم صيرورة المال المشاع معيناً ، وقد سبق أن المال المشاع مال مبان للمال المعين ، وصيرورة المعين مشاعاً لايندرج تحت الابطال الحكمي المتصور في ابطال أثر العقد .

قلت : يمكن أن يقال : ان ابطال أثر العقد الواقعي الصحيح حقيقة غير معقول ، فمعنى اقالة العقد يرجع الى الابطال الحكمي الذي هو عبارة عن الالتزام بآثار عدم العقد الواقعي . وهذا نحو من الابطال الحكمي لامانع عن ثبوته لاثر التقسيم، فيرجع التقسيم فيه الى جريان أحكام المال المشاع في المال المفروز المعين . والله العالم .

التقـاط

[صحة القسمة لو ظهر في الشركة المقسومة دين]

اذا ظهر في الشركة المقسومة دين فالظاهر بقاء القسمة ، لان حق الديان متعلق بمالية التركة لابأعيانها والتقسيم تصرف في الاعيان لافي المالية .

ولا فرق في ذلك بين استيعاب الدين وعدمه . ولابين اقامة الورثة بالدين وبين امتناعهم كلا أو بعضاً. نعم في صورة كون الممتنع بعض الورثة حجرعن نصيبه خاصة . فيباع ويقضى منه الدين . وفيه تأمل. لكن ظاهرالاكثرفي صورة امتناع الجميع عن القيام بالدين بطلان القسمة .

وكذا لافرق بين القول بانتقال التركة الى الورثة مع تعلق حق الديان بها وبين بقائها على حكم مال الميت .

نعم قـد يشكل على الاخير في صحة أصل التقسيم ، لان الورثـة ليسوا بمالكين للتركة فتقسيمهم كتقسيم الاجنبي. لكن فيه ان مجرد حق الاولوية كاف في صحة القسمة .

وقد تقدم سابقاً في مسألة انتقال التركة الى الوارث أن الوارث على القول الاخير أيضاً أحق بالتصرفات الغير المفوتة للجهة المالية في التركة من غيرهم ، فهم بموجب حقهم يجوز لهم القسمة . وأما حق الديان فليس بمانع كما ظهر . فالمقتضي — وهـو الحق — موجود ، والمانع — وهـو الدين — ليس بصالح للمنع . والله العالم .

التقـاط

[وجوه مالو ظهر فى التركة وصية]

ولو ظهر في التركة وصية فهذه على ضروب :

(أحدها) أن يكون الموصى به عيناً معيناً كدار معينة ، وحكمه حكم مالو ظهر عين مستحقة في نصيب أحد الشريكين فتبطل القسمة .

(والثاني) أن يكون الموصى به جزءاً مشاعاً كالثلث ، وهذه أيضاً كما لو ظهر جزء مشاع مستحقاً ، وقد تقدم فيه القولان للشيخ .

(والثالث) أن يكون مالا كلياً كألف دينار أو درهم . وحكمه حكم الدين المشاع . وقد يقال بالفرق، لان الدين متعلق بالذمة والوصية متعلق بالعين كحق الزكاة . فيكون كالجزء المشاع ، والاول أظهر .

(والرابع) أن يكون عيناً كلياً من أعيان التركة كعبد من العبيد ، وهـذا يكون مثل الصاع في الصبرة . والوجهان السابقان يجيئان هنا أيضاً ، الا أن كونه من قبيل الجزء المشاع أظهر . والله العالم .

التقـاط

[ظهور عيب فى المال بعد قسمته]

لو ظهر في المقسوم عيب، فعن التحرير أن حكمه حكم العيب في المبيع من الخيار بين الارش والفسخ، وكل منهما لايخلو عن اشكال :أما الارش فلانه على خلاف القاعدة فيقتصر على مورده . وأما الثاني فلما ظهر من عدم قابلية القسمة للانفساخ .

نعم الظاهر أن من ظهر في نصيبه العيب لو رضي به كان له ذلك خصوصاً

في المثليات ، لان التعديل فيها ليس بملاحظة المالية ، ويكون رضاه حينئذ بمنزلة الاجازة في الفضولي ، فان لم يرض كشف عن فساد القسمة من أصلها . والله العالم .

التقاط

[قسمة الوقف للموقوف عليهم]

يجوز قسمة الوقف عن الطلق بلا اشكال ، وأما قسمة الوقف بعضها عن بعض فقد منعوا عنه لاجل تعلق حق البطون اللاحقة .

الا أن يقال : انه لايقضي بفساد القسمة مطلقاً حتى في حق البطن الاول ، فليكن مثل الدين ، فالبطن الثاني ليم الامضاء والرد ، الأأنه ليس بقسمة حقيقة، ولا دليل على شرعيتها كذلك .

وكيف كان فقد يقال بجواز تقسيم الوقف على بعض الصور ، وهـو اذا تعدد الواقف والموقوف عليهم، كأن وقف زيدحصة من الدارالمشاعة بينه وبين عمرو على أولاده ووقف عمرو حصته على أولاده ، فان جواز القسمة حينئـذ ـ بأن يقسم أولاد زيد وأولاد عمرو تلك الدار بينهم نصفين ـ ليس بعيداً كل البعـد .

الا أن يقال : ان الواقف قد وقف حصته المشاعة بشرط الاشاعة ، فـلا يتعدى عن كيفية الوقف الى غيرها .

وفيه :ان مقتضى ذلك عدم جواز قسمة الوقف عن الطلق أيضاً، فان اعتبار صفة الاشاعة في الوقف يمنع عن قسمته مطلقاً ومع عدم اعتبارها يصح مطلقاً ، لعدم المانع وعدم منافاته أيضاً لحق البطون اللاحقة كمنافاته له في صورة اتحاد الواقف والموقوف عليه .

أقول : ومثل ذلك مالو وقف شخص واحد نصف داره على أولاد زيد ونصفها الاخر على أولاد عمرو ، كما يظهر بالتأمل .

ونقل عن صاحب الحدائق «قده» القول بصحة قسمة الوقف في هذين الفرضين . والله العالم .

التقاط

[قسمة الدين غير جائزة]

ذكر العلامة وغيره أن قسمة الدين لايجوز ولو بالتراضي . فلو قسماه لم يؤثر وكان مايحصل بينهم ومايتوى عليهما فالتاوي لايخص بمن رضي به سهماً ، كما أن الحاصل لايخص بمن رضي سهماً . وقد نطقت به روايات :

(منها) خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي لاخر أيرده على صاحبه ؟ قال : نعم مايذهب بماله(١) .

وبمعناها روايات أخرى. الا أنها أظهر دلالة ولعلها المستند. والا فالمانع عن تقسيم الدين غير موجود .

وقد يدعى اختصاص القسمة بالاعيان الموجودة لكونهما من عوارض الاجسام . وهو مدفوع بأن الملكية أيضاً كذلك مع عروضها الدين . والحاصل ان تميز الاملاك على حد ملكيتها . فكما أن ملكية الدين اعتبار من الاعتبارات الواقعية كذلك قسمتها .

نعم الظاهر أن المتبادر من لفظة « القسمة » القسمة في بادىء الرأي ، وهو انفراز الاعيان الخارجية . لكن دليل صحة قسمة الاموال المشتركة ليس شيئاً

(١) الوسائل ج٦ ب٦ من كتاب الشركة ح٢ .

مشتملا على لفظ « القسمة » من الادلة اللفظية، بل بناء العرف على امضاء الشارع المعلوم من مجموع ماورد في أبواب الفقه من تقسيم الاموال المشتركة، ولاريب في بناء العرف على قسمة الديون .

فلولا هذه الروايات الرادعة كان القول بالتقسيم قوياً وان كان محتملا مع ملاحظتها أيضاً ، بناءاً على قصورها عن الخروج عما تقتضيه القواعد العامة .

والله العالم .

القول فى الدعاوى

التقــاط

[حقيقة المنكر والمدعى فى الدعاوى]

لابد للفقيه من معرفة حقيقة المدعي والمنكر وبيان ضابط مطرد في معرفتهما لاثبوت الحقيقــة الشرعية فيهما كمــا نسب الى بعض ، ضرورة كونهمــا من الموضوعات العرفية التي يرجع فيها الى العرف ، بل لان كلا منهما قد يشتبه بالاخر في جملة من الموارد .

ولان المدعي الذي جعل مقابلا للمنكر في الادلة لايمكن حمله على المعنى اللغوي ، لان الدعوى لغة عبارة عن كل اخبار جازم ، فيشمل الانكار أيضا ، فيبطل المقابلة . يعلم أن المراد به بعض أقسام معناه اللغوي ، كمــا أن المراد بالمنكر بعض أفراده ، فلابد من بيان كل من المدعي والمنكر على وجه يطرد ، ثم الرجوع في الموارد المشكوكة الى مايقتضيه القاعدة ، وهو مطالبة البينة من الخصمين ان كان مطالبتها من المدعي رخصة وايقاف الدعوى لو كانت عزيمة.

[اختلاف الكلمات في معنى المدعي]

وقد عرف المدعي لما ذكرنا بتعريفات : أحدهـا أن يكون قوله مخالفاً للاصل ، والثاني من يدعي خلاف الظاهر . والثالث من لو ترك ترك . والكلام تارة في كشف معانيها وأخرى في تعيين الصحيح منها ، فنقول :

(أماالاول) فالمراد بالاصل ليس هوالاصل الاولي – أعني أصالة العدم – بل كل أصل أو أمارة شرعية يكون مرجعاً في مقام العمل ، فيشمل نحو أصالة الصحة واليد ونحوهما من الاصول والامارات الشرعية .

ودعوى أن المراد به خصوص أصالة العدم أومايعمه وسائر الاصول العملية كالبراءة والاستصحاب . بمعزل عن الركون اليها ، يفصح عن ذلك مافي رواية منصور بن حازم(١) من الاستدلال على عدم قبول البينة من ذي اليد لكونه مدعياً كما يفصح عنه سائر مااتفق الكل على كونه مدعياً مع عدم مطابقة قوله لاصل العدم أو للاستصحاب. مثل مدعي الصحة في العقود، فانها قاعدة ثانوية حاكمة أو مخصصة بقاعدة الاستصحاب ، وغير ذلك مما لايخفى .

والحاصل ان المراد بالاصل هنا القاعدة ، فمحصل التعريف أن الخصمين اذا تنازعا نوظر في أن قول أيهما يوافق القاعدة التي هي المرجع ، سواء كان مخالفاً للاصل أم موافقاً .

والثمرة تظهر في مورد أصل الصحة واليد ، فان قول مدعي الصحة والملكية وان كان مخالفاً لاصل العدم الا أنه موافق للقاعدة الشرعية الثانوية .

وقد يشكل ذلك بمااذا ادعى ذواليد تلقي الملك من المدعي، فان المرجع فيه أيضاً هو البناء على مقتضى اليد مع قطع النظر عن مقام الخصومة ، بل مع

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١٤ .

ملاحظته أيضاً قبل صدور الحكم مع أنه مدع باعتبار اعترافه بملك المدعى وادعائه النقل .

فلو قيل :ان قوله مخالف لاصالة العدم فهومدع لاجلها. قيل :ان هذا مبني على تفسير الاصل بالمعنى الاخص والا فلاوجه له .

ومثله مالو ادعى المديون الابراء . فان القاعدة التي بناء العمل عليها مع قطع النظر عن مقام الخصومة ترتيب آثار البراءة لكونه مدعياً بلا معارض مع أنه مدع .

ويمكن ذب الاشكال عن هذا بأن المراد بالقاعدة مايعول عليها في العمل قبل صدور الحكم من الحاكم ولو في حال المعارضة . وليس هو في دعوى الابراء الا استصحاب الشغل ، لان دعوى الابراء دعوى مع المعارض .

ويمكن ذب الاول بأن المراد مايعول عليه الحاكم في حكمه لو لم يكن بينة، وهو دعوى ذي اليد التلقي من المدعي الا استصحاب بقاء الملك لانقطاع حكم اليد بذكر السبب . وهو التلقي من المدعي .

(وأما الثاني) فالظاهر أن المراد بالظاهرأعم من الاصول الاولية والقواعد الشرعية والظواهر الغير المعتبرة . مثل دعوى الزوج أوالزوجة تعاقب اسلامهما، فانها مطابقة للظاهر دون الاصل. فالنسبة بينهماعموم مطلق .لان الاصول والقواعد المعول عليها شرعاً كلها ظواهر نوعية .

نعم لو فرض قاعدة تعبدية محضة بحيث لم يكن حكمة التعبد بها افادتها الظن النوعي كانت النسبة عموماً من وجه . الا أنها غيرموجودة . حتى البراءة الاصلية فيالموضوعات . فان الاعتداد بها لاجل كونها أمارة ظنية . ولذا جعل دعوى اشتغال الذمة مورد اجتماع الحدود الثلاثة حتى الاخير .

نعم المراد به هو الظواهر النوعية ، فلا عبرة على هذا التفسير بالظواهر

الشخصية المستندة الى الامـارات الغير المنضبطة ، مثل كون المدعي رجلا صالحاً متقياً . فان قول منكره وان كان مخالفاً للظاهر الا أنه ظاهر مستند الى أمارة غير منضبطة .

(وأما الثالث) ففيه نحو اجمال واشكال : لان الترك الذي يترتب على ترك الدعوى غيرمتضح المقصود . ولايصح تفسيره بمثل عدم المطالبة والمؤاخذة ونحوهـا من الاحكام ، للزوم الدور . لان الحكم بترتبهـا موقوف على معرفة المدعي ، فلو اعتبر في تعريفه ـ كأن يقال ان المدعي هو الذي لو سكت عن الخصومة لم يطالب بشيء بخلاف المنكر فانه يطالب ـ ولو سكت يلزم الدور كما يظهر بالتأمل .

والظاهر أن مؤدى هذا التعريف امايرجع الى الاول فيتطابقان . وذلك لان المراد بأن المدعي من يترك مع سكوته كما في بعض العبارات أو لو ترك كما في آخر أنه يعامل معه بمقتضى القاعدة .

وتسمية ذلك بالترك ليس ببعيـد ، لان العمل بمقتضى القاعدة حقيقة ترك للمدعي على حاله ، بخلاف المنكر فانه لو ترك الخصومة لم يترك ، أي لم يعمل معه بمقتضى القاعدة بل يطالب بالحق الذي ثبوته عليه مخالف للقاعدة .

فان قلت : معنى « ترك » على ماصرح به غير واحد ويساعده صريح اللفظ أنه لايتعرض بحاله لاأنه يعامل معه بمقتضى القاعدة .

قلنا : هذا لاينطبق على صور كثيرة من صور مجاري أصل الصحة ، فانهما لو تداعيا في صحة العقد وفساده فلا ريب أن كلا منهما يتعرض لصاحبه ، ولو ترك الخصومة فلابد من أخراج امثال هذه الصورة عن تحته . وهو بعيد . لان مدعي الصحة من أوضح مصاديق المنكر عند الاصحاب . فكيف يعرف المنكر والمدعي بما لايشتمله .

فان قلت : في الفرض المزبور هما متداعيـان ، لان مدعي الصحـة مثلا يطالب بالمبيع ومدعي الفساد يطالب بالثمـن ، فكل منهما مدع الا أن مدعي الصحة معه حجة شرعية لأنه منكر فيدفع قوله .

قلنا : هذا اعتراف بأن مدعي الصحة ليس بمنكر عند الاصحاب ، بل هو أيضاً مدع لكن مع الحجـة الشرعية . وقد عرفت أنه ليس كذلك ، فان مدعي الصحة منكر عندهم ، فلا بـد من تطبيق التعريف المذكور عليه . ولا يمكن ذلك بما فسرنا .

فصار المحصل من التعريف أن من يختلف حاله بالسكوت والمخاصمة هو المدعي ، لانه الذي يتوقف تغير حاله على دعواه ، ومن لم يختلف حاله بالسكوت وعدم السكوت ـ يعني عدم توقف تغير حاله على قوله وتكلمه ـ هو المنكر . والسر في ذلك أنه لا يكون الانسان كذلك الا أن يكون قوله مطابقا للدليل الشرعي الذي هو المعول في المسألة من أصل أو غيره ، اذ لو كان قوله مخالفـاً للدليل الذي هو المرجع في مورد الدعوى اختلف حال سكوته وحال تكلمه ، بمعنى عدم توصله الى مقصوده في احدى الحالتين وهي حالة السكوت وتوصله الى مقصوده في الاخرى وهي حالة التكلم والدعوى .

[المدعي في دعوى الابراء هو المديون]

ومن هذا البيان يظهر أن المدعي في دعوى الابراء هو المديون . لانه الذي يختلف حالـه من حيث الوصول الى المقصود الذي هو التخلص من مطالبـة الدائن وعدمه بدعوى الابراء وعدمها . وأما الدائن فلا يتفاوت حاله بعد اقرار المديون بالدين بعد أن ينكر الابراء أو يسكت فانـه يتوصل الى مقصوده في الصورتيـن .

ومثله الكلام فيما لو ادعى ذو اليد انتقال الملك اليه من المدعي الاول ، فانه الذي لو ترك أي سكت ترك أي يخلى على حاله التي كان عليها بدون التكلم ، وهو وجوب تسليم المال . لانه باقرارد مأخوذ بالملك ولا خلاص له الا بعد دعواه الانتقال ، وحينئذ فالتعريف الاول والثالث يتطابقان ، فيبقى الكلام في ترجيح التعريف الاول أو الثاني لكونه أخص من الثاني كما ظهر .

لايقال: ظاهر تقابل التعريف الاول والثالث في كلمات العلماء يقضي بتغايرهما مصداقاً ، فكيف يتساويان ؟

لانا نقول : ذلك الظهور ممنوع ، ولذلك اختلفوا في تعريف الواجب بين من عرفه بما يستحق تاركه العقاب وبين من فسره بما يستحق تاركه الذم ومن فسره بما كان فعله مطلوباً وتركه مبغوضاً على الاتفاق، على أن الواجب شيء واحد، فاختلاف التعاريف قد يكون باعتبار اختلاف العرفين في الحقيقة العرفية بالعموم والخصوص ، وقد يكون باعتبار الاختلاف في صحة الحد وسقمه من حيث اختلال طرده وعكسه بالنسبة الى مااتفقوا عليه من حقيقة العرف .

وأما ماربما يتوقف من تعريف المدعي بمايرجع الى الجمع بين التعريف الاول والثاني فشطط من الوهم ، لان مقتضى الجمع بينهما عدم صدق المدعي الا بعد مخالفة قوله للاصل بالمعنى الاخص أو الاعم الشامل للقاعدة والظاهر الغير المعتبر معاً ، فيخرج أكثر أفراد المدعي ، لان المدعي قلما يتفق مخالفة قوله لظاهر غير معتبر زيادة على الاصل أو القاعدة الشرعيين .

فحينئذ نقول : ان التعريف الاول أظهر ، لان الظاهر من الادلة والمستفاد منها أن المدعي الذي يطالب بالبينة من يقوى جانبه بمطابقة قوله لدليل شرعي . ولعل هذا أيضاً موافق للمدعى العرفي حيثما يطلق في مقابل المنكر ، لان المدعى في العرف من كان يدعي على خلاف القاعدة ، وصدق المدعي عرفاً على من

يخالف قوله لظاهر نوعي غير معتبر انما هو أيضاً لاجل كون متابعة الظواهر النوعية أمراً معهودا بين العرف و كون المدعي خلافها مدعياً بخلاف القاعدة ، فلم يختلف الشرع والعرف في المدعي الذي عليه البينة مثلا وانما يختلفان في المصداق ، حيث أن مخالفة الظاهر مطلقاً ليس في نظر الشارع مخالفة للقاعدة بخلافها في نظر العرف .

وهذا نظير اختلاف الشرع والعرف في مصاديق البيع مثلا بعد الاتفاق في مفهومه وأنه النقل .

ومما يؤيد ماذكرنا أو يدل عليه تعليل سقوط البينة عن المنكر في بعض الاخبار المتقدمة بأنه جاحد والجاحد لا يستطيع على اقامة البينة . وجه التأييد أو الدلالة أنه بمقتضى التعليل يدل على أن كل جاحد منكر ، ولاريب أن مدعي خلاف الظواهر يصدق عليه الجاحد فيكون منكراً .

لايقال : مقتضى التعليل أن كل منكر جاحد . فيخرج ذو اليد ونحوه ممن يطابق قوله الظواهر الشرعية عن كونه منكراً .

لانا نقول : هذا مشترك الورود على التعريفين . اذ التعريف الثاني مقتضاه أن يكون ذو اليد منكراً لأنه موافق للظاهر ، وانما الخلاف في الظاهر الغير الشرعي ، وقضية التعليل المزبور كون مخالفه منكراً . وهذا القدر هو المقصود في مقام ترجيح التعريف الاول على الثاني . فافهم والله العالم .

التقاط

[مايشترط في سماع دعوى المدعي]

يشترط في سماع الدعوى شروط يرجع بعضها الى نفس الدعوى وبعضها الى المدعى به . ومما يرجع الى نفس الدعوى كونها لازمة ، بأن يترتب على

المدعى عليه بعد ثبوت الدعـوى شيء قابل للالزام ، فلو لم تكن لازمـة لم تسمع ، وهو واضح .

ويتفرع على ذلك أن دعوى البيع الفضولي على المالـك غير مسموع ، لعدم ايجابه شيئاً على المالك . وكذا دعوى الايجاب بلا قبول ، لان الايجاب بنفسه غير مفيد للنقل ، بخلاف دعوى القبول فانه جزء أخير للناقل .

وربما يتوهم سماع دعوى الفضولي والايجاب مثلا حملالهما على الفرد الصحيح منهما ، أعني المقرون بالاجازة والقبول . وهذا الحسبان فاسد ، لان صحة كل شيء بحسبه، فصحة الايجاب كونه بحيث اذا تعقبه القبول لاثر في النقل وصحة بيع الفضولي كونه بحيث اذا تعقبه الاجازة أفاد النقل. والصحة بهذا المعنى لاينفع ثبوتها في الدعوى بالمعنى الاخر، أعني كونهما مؤثرين في النقل الفعلي لايعقبه أصل الصحة .

وأزيد من هذا البيان يطالب من غير هذا الموضع .

قال في محكي الدروس : ولايسمع دعوى البيع من دون قوله « ويلزمك تسليمه » لجواز الفسخ .

وفيه نظر . لاصالة عدم طرو الفسخ فيحكم بترتب المقتضي على المقتضي ، ولذا لايتوقف في سماع الدعوى المتعلقة بالمقتضيات في سائر أبواب الفقه .

أقول : يمكن ان دعاوي المقتضيات اذا كانت في حال تسالم الخصمين على عدم طرو المفسد وتمحض اختلافهما في أصل وجود المقتضي سمعت الدعوى بدون دعوى عدم المزيل . والافقيه اشكال ، لما ذكرنا من أن المدعى به لابد أن يكون أمراً لازماً ، والمقتضيات ليست أموراً لازمة مع قطع النظر عن وجود الموانع . فافهم والله العالم .

التقـاط

[كيفية ثبوت حق المدعى]

المدعى به قد يكون مالا أو في حكمه ، وقد يكون شيئاً ينتفع به المدعي وليس بمال . وذلك كدعوى فسق الشهود فانـه ليس بمال ولكن مما ينتفع به المدعي لكونه سببـاً لدفع الالزام ، وكذلك دعوى فسق الحاكم فان الترتب عليه انما هورفع الالزام خاصة .

ولاتعرض في هاتين الدعويـين للحق الواقعي الذي حكم به الحاكم نفياً أو اثباتاً ، لامكان ثبوت حق المدعي مع فسق الشاهدين أو الحاكم . وبالجملة الميـزان والمدار في هذا القسم من الدعوى كون المدعى بـه فساد ميزان من موازين القضاء من غير التعريض للواقع نفياً أو اثباتاً .

ومن هنا يظهر أن دعوى كذب الشهود أوجور الحاكم بأن يكون قد حكم مع علمه بفسق الشهود . ليس من هذا القبيل. لان البينة على تقدير كونها ضامنة لمـا ذهب من المدعى عليه من المال فدعـوى كذب الشهود أو جور الحاكم مسموعة بلااشكال . نعم يمكن أن يستند في عدم سماعها الى ماأشار اليه المحقق من ايثاره ظاهر الفساد .

وكيف كان فالكلام فيما لم يكن الدعوى منه متعلقة بمـال واقعي أو سبب كالاتلاف ، مثل اتلاف الحاكم بجوره أواتلاف الشهود بكذبهم . وهل الاقرار من أيهما ؟ فيه تفصيل . لان الاقرار له جهة كشف وجهة الزام ، فان كان دعوى الاقرار باعتبار الجهة الاولى خرجت أيضاً عن موضوع مسألتنا ، لان دعوى الاقرار من هذه الجهة دعوى للرافع ، فالمدعي اذا قال « لي عليك كذا وأنت تعلم به وأقررت به » فهو خارج عن المسألـة . وان كانت باعتبار الجهة الثانية

ـ كأن يقول المدعي « أنا لا أدعي عليك مالا واقعياً وانما ادعي عليك الاقرار به » ـ فهو داخل في محل النزاع ، لان الاقرار في حد ليس من المال ولا من أسبابه . نعم ينتفع به المدعي بعد اثبات الاقرار كما ينتفع بفسق الشهود .

ومن هذا القبيل أيضاً دعوى المدعي بأن المدعى عليه ليس أحلفه مرة ، او دعوى المدعى عليه طي هذه الدعوى بعض الوجوه عند حاكم من الحكام ، فانهما من قبيل دعوى فسق الشهود ، الا أن المقصود فيهما اسقاط الحق وفيه عدم توجه الالزام بالحق .

اذا تحقق ذلك فان كان للمدعي بينة على مايدعي من فسق الشهود ونحوه، فلا كلام في سماع الدعوى حينئذ لعموم حجية البينة، من غير حاجة الى التمسك بما ورد من موازين القضاء التي منها البينة[1] ، فلو قلنا بعدم شمولها لغير الحقوق لم يكن اشكال في سماع البينة أيضاً نظراً الى حجيتها في جميع الموضوعات .

وان لم يكن له بينة ففي سماع الدعوى في هذا القسم من الدعاوي وجهان أو قولان : من عموم أدلة القضاء، ومن دعوى أن المتبادر من الحق أو الحقوق التي ذكرت في بعض تلك الادلة الحق المالي الواقعي ، فيستدل حينئذ من رواية استخراج الحقوق بأربعة بعد ورودها في مقام اعطاء الميزان في الدعاوي المسموعة على عدم سماع دعوى غير الحق وعدم استخراجها بالاربعة .

فان قلت : من جملة الاربعة البينة وأنت لاتقول باختصاصها بالحق .

قلنا : نقول بالاختصاص من حيث كونه ميزاناً للقضاء، ونقول أيضاً بحجيتها من حيث حجيتها في سائر الموضوعات ـ فافهم .

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب٧ من ابواب كيفية الحكم ح٤ .

فان قلت : ليس من تلك الاربعة يمين المنكر بل اليمين المردودة، والكلام في الاول دون الثاني .

قلنا : ان قلنا ان يمين المنكر والمردودة متلازمان ولايتفارقان كما هو احتمال في المسألة على ماسبق مشروحاً فلا اشكال، وان جوز التفكيك وقلنا بأنه يمكن أن يكون المقام قابلا لاحلاف المنكر وغير قابل لليمين المردودة ، كما في صور كون المدعي غير المالك من ولي أو وصي أو وكيل نقول : ان يمين المنكر وان لم تكن من تلك الاربعة الا أنها مذكورة في الرواية مقدمة اليمين المردودة.

وبعد دعوى ان المنساق منها اختصاص الاربعة بالحقوق ، وان دعوى اختصاص غيرها مما ذكر فيها من الموازين به أيضاً ، فيصير حاصل الدعويين أن الرواية ظاهرة في أن غير الحقوق المالية لايجري فيه شيء من موازين القضاء _ فافهم .

ومما ذكرنا ظهر الحال في الاقرار ، الا أن السماع فيه أقوى ، لان الاقرار وان لم يكن سبباً للحق الواقعي الا أنه سبب للحق الظاهري . الا أن يدعى أن المتبادر من الحق الواقعي . وفيه اشكال أو منع .

[الدعوى على الحاضر أو الغائب]

بقي شيء. وهو أن دعوى فسق الشهود لابد أن يكون من محل كان المدعى عليه له حجة، ففي الدعوى على الحاضر لابد أن تكون قبل الحكم وفي الدعوى على الغائب بعده .

وربما يدعى أن اطلاق كلام المحقق وغيره في سماع الدعوى بعد الحكم يعم الحاضر مطلقاً والغائب .

ويمكن منعه بأن الكلام مسوق للتعميم من حيث الحضور والغيبة لالاطلاق الحكم في جميع صور الحكم على الحاضر ، فكأن المراد أنه لافرق بين كون الدعوى قبل الحكم وبعده اذا كان المدعى عليه باقياً على حجته بعد الحكم لامطلقاً . والله العالم .

القول فى الوصول الى الحق

التقـاط

[انتزاع العين المتنازع فيها من المدعى عليه]

من كان دعواه عيناً في يدانسان فله انتزاعها ولوقهراً بمساعدة ظالم مالم يثر فتنة كما في الشرائع وغيره . والمراد بالفتنة مايعم تلف المال والنفس ، فيندرج فيه كلما يصدق عليه الفتنة ولوكانت مثل التشاتم والتعارك .

ومن هنـا يظهر أن المراد بالانسان في هذه العبارة هو المنكر ، اذ لوكان مقراً كالسارق وقطاع الطريق جاز استنقاذ العين من يده ولو أثار فتنة مطلقاً أو مالم ينجر الى قتل النفس .

وفي كلام المحقق دلالة على ذلك ، أي على أن الكلام فيما اذا كان صاحب اليد منكراً ، حيث ذكره في مسائل الدعوى وعبر عنه بمن كان دعواه عيناً في يد انسان .

وكذا عبـارة القواعد حيث قال : ولو قدر المدعي على انتزاع عينه من

يد خصمه فله ذلك . لان التعبير بالمدعي يدل على فرضه المسألة في صورة انكار ذي اليد حتى يكون من مسائل الدعوى .

وبالجملة توضيح القول في المقام هو أن من يجد عين ماله في يد غيره ، فان كان ذلك مقـام الدعوى والمرافعة ــ بأن كان ذو اليد منكراً ــ فالحكم فيه كما ذكره الاصحاب من اشتراط جواز الانتزاع بعدم اثارة الفتنة مطلقاً صغيرة أو كبيرة ، لان عدم سلطنة المدعي ظاهراً على المنكر يمنع عن تجويز الشارع للانتزاع القهري المورث للفتنة ، لان فساده من جزئيات فساد ترك الناس على حالهم وعدم نصب الرئيس لهم في طي مخاصماتهم .

وهل للمدعي الاستقلال مع عدم الفتنة اذا توقف على ضرر وضرار كتخريق الثوب وكسر القفل وهدم الباب ونحوه . ظاهر المحكي عن الارشاد العدم ، لانه وضع مكان الفتنة الضرر . لكن في مفتاح الكرامة الجواز ، وربما يظهر من محكي مجمع البرهان .

وفيه نظر لقاعدة نفي الضرر . ولا يعارضه قاعدة السلطنة ، لامكان توصله الى الحق بالرجوع الى الحاكم . وبالجملة مع عدم توقف التوصل الى الحق على الاضرار يشكل جوازه بل الظاهر العدم .

ولا دلالة لقوله عليه السلام « ليّ الواجد يحل عقوبته »[1] على الجواز : أما أولا فلعدم صدق اللي مع انكار المدعى عليه مع اعتقاده حقيته ، وأما ثانيا فلامكان منع دلالته على تعيين المعاقب ــ بالكسر ــ بل انما يدل على تعيين المعاقب ، فمن الجائز أن يكون المعاقب هو الحاكم .

(١) بحار ١٠٣/١٤٦ باب المطل في الدين ٥ . واللي : المطل . يقال لواه غريمه بدينه يلويه ليا . وأصله لويا فأدغمت الواو في الياء . وذكر الحديث أيضاً ابن الاثير في النهاية ٤/٧٥ .

نعم مع انحصار التوصل الى الحق في الاضرار يجوز ، لقاعدة السلطنة مع سلامتها عن معارضة « لاضرر » ، لانها معارضة بمثله ، لان عزل الانسان عن ماله ضرر عليه وان كان ذلك في غير مقام الدعوى . كما اذا كان ذو اليد معترفاً بظلمه كاللص وقطاع الطريق وسائر أقسام الظلم ، جاز لصاحب العين استنقاذ الحق ولو انجر الامر الى المعاركة والمقاتلة بشروط مذكورة في مسألة الدفاع ، منها احتمال التوصل أو ظنه كما صرح به الاصحاب في تلك المسألة .

الا أن يقال : ان اطلاق كلامهم منزل على الغالب . وهو عدم امكان استنقاذ الحق من السارق والذاهب مثلا بالمراجعة الى الحاكم . وفيه تأمل أو منع .

ويدل عليه أيضاً قوله « ليّ الواجد يحل عقوبته وعرضه » وقوله « مطل الغني ظلم »[٢] بالفحوى . فانهما وان وردا في الدين الا أن المتمرد عن رد عين المال أولى بايجاب العقوبة من المتمرد عن ايفاء الدين .

نعم مع أدائه الى القتل خاصة قد يمنع عنه . لان المال لايقابل به النفس في كلام مذكور في محله .

فهذه المسألة غير متناولة لصورة الاعتراف التي يجوز فيها الانتزاع ولو مع الفتنة . والعجب أن بعض مشائخنا قدس سره زعم اختصاص المسألة بصورة الاعتراف حيث قيد الانسان بالمتمرد المعلوم الحال . وهذا بمكان من البعد عما رأينا من عدم شمول المسألة لصورة الاعتراف فضلا عن الاختصاص به . والله العالم .

---

(١) بحار ١٠٣/١٤٦ باب المطل في الدين ح٣ .

التقاط

[الوجوه فيما لو كان الحق فى الدعوى ديناً]

لو كان الحق دينا فاما أن يكون المدعي مقراً باذلا أومقراً ممتنعاً أوجاحداً :

فان كان الاول لم يستقل المدعي باستيفائه من دون المدعى مع امكان تعيينه أو من دون الحاكم مع تعذر تعيينه لمرض ونحوه ، لان له ولاية في التعيين وجهاته . وهذا لااشكال فيه .

ثم ان البذل لو كان بينه وبين آن المطالبة مقارنة حقيقية عرفية فلا كلام ، والا — كما اذا قال ابذل غداً أوبعد ساعة — ففي الحاقه بالباذل أو بالممتنع في ذلك الزمان وجهان .

والاظهر هو التفصيل ، فان المدعي ان كان له غرض عقلائي في ظرف ذلك الزمان الذي لايبذل الا بعده ألحق بالامتناع ، لان التأخير موجب لفوت غرض عقلائي . والا ألحق بالباذل ، لعدم ترتب ضرر على المدعي ولا فوت غرض بالصبر في ذلك الزمان القليل أو الكثير مثلا .

وقد يقال : ان المدار في صدق الامتناع أو البذل هو التأخير على وجه يخل بالفور العرفي وعدمه ، فان كان البذل بعد فوت الفور العرفي جرى عليه حكم الامتناع والا جرى عليه حكم الباذل .

وان كان ممتنعاً في استقلال صاحب الحق أو استقلال الحاكم دونه . وجهان بل قولان . مقتضى الاصل الاول ، لان الولاية على مال الغير أمر على خلاف الاصل ، فيقتصر على القدر المتيقن الذي هو ولاية الحاكم .

ولا يعارضه أصالة عدم وجوب الرجوع الى الحاكم ، لعدم كونه حكماً تكليفياً يدفع بالاصل بل هو وجوب شرطي للتوصل الى الحق .

لكن قد يقال باطلاق ماورد في الباب من جواز الاستقلال باستيفاء الدين من باب التقاص ، لان قضية اطلاقها عدم شرطية اذن الحاكم .

ويمكن الخدشة في هذا الاطلاق بورودها مورد الغالب في زمان صدور الروايات ، ومن عدم امكان الاستيذان من الحاكم ، لان سلاطين العدل ومنصوبيه لم يكونوا مستطيعين على التصدي لوظائف الحكومة .

وقد يقال : بأن مدلول الروايات هو الاذن لابيان الحكم الشرعي . وهو ضعيف . وعلى فرض عدم التنزيل على الغالب يمكن دعوى اهمالها من هذه الجهة . نعم مقتضى قوله صلى الله عليه وآله « لي الواجد يحل عقوبته وعرضه » جواز الاستقلال ، الا أن يدعى اهماله من جهة تعيين المعاقب .

هذا اذا كان مقراً ، ولو كان جاحدا فهو ممتنع .

وقد يفرض كونه باذلاً أيضاً ، كما اذا قال مع جحوده « خذ ماتدعي ان كنت محقاً » وفيه تعسف .

وكيف كان فاما أن يكون للمدعي بينة أم لا ، وعلى التقديرين جاز له الاستقلال باستيفاء الدين من مال الجاحد تقاصاً ، وربما منع عن الاستقلال مع البينة . وهو موافق للاصل المشار اليه محجوج عليه باطلاق الاخبار .

ولا فرق في ذلك بين التقاص من جنس الدين أو من غير الجنس ولا بين البيع وتملكه من غير البيع ، لاطلاق الاخبار . وان كان لبعض خلاف في بعض هذه المقامات .

والاظهر أيضاً الجواز مع الاستيمان على كراهة ، جمعاً بين الاخبار المانعة في خصوص الودعى والمجوزة عموماً وخصوصاً . والله العالم .

التقــاط

[تلف العين قبل بيعها للاقتصاص]

لو تلفت العين التي يريد أن يبيعها ويقتص من ثمنها قبل تحقق القصاص من غير تعد وتفريط ، ففي الضمان قولان :

(يدل على عدم الضمان) قوله «ماعلى المحسنين من سبيل»(١) ، وهو الذي تستند اليه قاعدة ارتفاع الضمان في الأمانات الشرعية . ووجهه على ماسبق في باب الغصب أن المراد بالاحسان - على ماصرح به في محكي تمهيد القواعد - هو عدم الحرج الشرعي ، فالحسن مالاحرج في فعله شرعاً ، وقد يطلق ويراد به مايمدح بفعله .

ولكن المراد في المقام هو الاول ، لانه اقتصار على صرف معناه الاصلي ، لان الذي لاقبح في فعله ولا حرج حسن لغة وعرفاً ، اذ الحسن مقابل القبح . ومن الواضح أن وضع اليد على مال الغير اذا كان باذن الشارع - كما في مقام التقاص - كان من الاحسان النافي للسبيل .

نعم لابد أن يكون الفعل الذي يراد نفي السبيل هو الفعل الذي يكون حسناً مأذوناً فيه ، وأما لو كان السبيل مترتباً على فعل آخر يلازم ذلك الفعل الحسن ، ففي نفيه اشكال بل منع .

ومن هنا يشكل في نفي الضمان في اتلافات الطبيب بالمعالجة ، لان المأذون فيه هو العلاج دون الاتلاف الذي حصل من علاجه .

وبالجملة اذا كان سبب السبيل كاليد والاتلاف ونحوهما بنفسه مأذوناً فيه

(١) سورة التوبة : ٩١ .

فهو منفي بقاعدة الاحسان ، وأما اذا كان المأذون فيه أمراً ملزوماً لذلك السبب فالسبيل باق .

ولافرق في السبب المأذون بين أن يكون مقدمة أوذي المقدمة ، فمقدمات التقاص المأذون فيه أيضاً مما لا يترتب عليه ضمان على هذا التقدير ، فوضع اليد على مال الغير ارادة للتقاص ليست يد رضائه سواء كان المال بقدر حقه أو أزيد اذا توقف التقاص عليه . فمقتضى القاعدة عدم الضمان في الزائد أيضاً . فما عن العلامة من الفرق بين الزائد وبين غيره كما يأتي ليس بواضح .

(ويدل على الثاني) أن قاعدة الاحسان مختصة بما اذا لم يكن فعل المحسن لاجل مصلحة نفسه .

ومن هنا يعللون الضمان في كثير من الصور المأذون فيها بان المأذون انما قبض لمصلحة نفسه ، يريدون به الاشارة الى أن الاذن الشرعي انما يؤثر في عدم الضمان اذا كان فعل المأذون محض الاحسان من غير أن يكون غرضه مصلحة نفسه ، كما في الالتقاط ونحوه من الامانات الشرعية . وأما اذا لم يكن كذلك فقاعدة الاحسان لاتنفي الضمان . وحينئذ فقبض المقاص قبض لمصلحة نفسه يترتب عليه الضمان وان كان مأذوناً فيه .

وعلى القولين لافرق بين مقدار الزائد اذا كان المأخوذ أكثر من المال الذي يريد مقاصته .

ونقل عن العلامة في التحرير التفصيل ، فحكم بالضمان فيما قابل دون الزيادة . وهو فيما بعد البيع جيد ، لان الزيادة بعد استيفاء الحق تكون أمانة شرعية في يد المقاص . من غير أن يكون يده عليه لمصلحة نفسه بل لصرف مصلحة المقاص منه ، وأما قبله فقد عرفت أن حالها حال ماقابل .

وقد يقال : ان وضع اليد فيما قابل وضع لمصلحة نفسه فيضمن ، بخلاف

الزيادة فان وضع اليد عليها ليس لمصلحة نفسه ، لان الفرض وفاء غيره بحقه ، فيكون وضع اليد عليه احساناً محضاً لكونه مأذوناً فيه ولو مقدمة .

وفيه : ان قضية المقدمية أن يكون وضع اليد على الزيادة كوضع اليد على مقدار ماقابل في كونها لمصلحة نفس القابض ، فالفرق غير واضح . وأولى بالضمان ما لو لم يتوقف التقاص على الاقتصاص مما يشمل الزيادة ، فان وضع اليد على مال الغير لايجوز الامقدمة للاقتصاص . والمقدمة مع تعددها لاينسحب حكمها الى المقدمة الغير الجائزة .

ومنه يظهر عدم جواز هدم الحائط وكسر القفل ونحوهما من الاحراز اذا لم يتوقف الاقتصاص عليها .

هذا كله في الدين ، وأما العين فالظاهر على ماينطق به بعض أخبار الباب كخبر علي بن سليمان وخبر داود بن زربى فتأمل الجواز ، وفاقاً لغير واحد منهم العلامة في باب اللقطة في المدرس المبدل .

وهل يكون المأخوذ بدلا للحيلولة أو بدلا للعين ؟ وجهان . يدل بعض ما ورد في الدين على الثاني، لاشتمال الدعاء المأثور للمقاص فيه على أن المأخوذ مكان مال المقاص ، اذ الظاهر عدم الفرق بين الدين والعين من هذه الجهة ، والثمرة بينهما غير خفية ، وقد سبق بعضها في باب الغصب . والله العالم .

التقـاط

[ادعاء مال لم يكن لاحد عليه يد]

من ادعى مالا يد لاحد عليه قضي له به من دون بينة كما في الشرائع . ثم قال : ومن بابه كيس بين جماعة فيسألون هل هو لكم فيقولون لا ويقول واحد هو لي فانه يقضى به لمن ادعاه .

والغرض من جعل مسألة الكيس من باب المسألة الاشارة الى مدركها ، اذ الاصل في المسألة روايـة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام : عشرة كانوا جلوساً ووسطه كيس فيه ألف درهم. فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس، فقالوا كلهم : لا، فقال واحد منهم : هو لي. قال عليه السلام :هو للذي ادعاه(١).

وقد تعنون المسألة بالدعوى بلامعارض ، ويجعل « اليد » في عبارة المحقق وغيره كناية عن المدعي ، لان الدعوى على ذي اليد من شأنها معارضتها بالعدم. والرواية منطبقة على الثاني ، لان الكيس كان تحت يد عشرة جميعـاً ، بمعنى كونهم جميعاً بمنزلة يد واحدة .

وفي مثله اذا نفى أحدهم عن نفسه المال زال حكم يده وينحصر في الباقي، فاذا انحصر في الواحد يكون هو صاحب اليد . فخرجت مسألة الكيس عمـا عنون به المحقق من كون المدعى به مالا يد لاحد عليه فكيف يجعله من بابه .

ودعوى أن الحكم في الرواية مستند الى كونه دعوى بـلا معارض لا الى يد المدعي واهية ، لان الحكم في الروايه اذا كان على وفـق القاعدة المعروفة المعهودة ــ أعني حجية قول ذي اليد ــ فصرفه الى قاعدة أخرى جديـدة غير معهودة من الاباطيل الواضحة ، وينبغي أن يصرح بأن المراد بالدعوى دعوى تكون على خلاف الاصل ، فان ثمرة التصديق تظهر هنا لافيما يطابق الاصل .

[ماالمراد من اليد على المال]

وكيف كان فعلى المسألة حجب لابد من كشفها ، لان المراد باليد هل هو الفعلي أو مايعم اليد السابقة ، فلو ادعى مالا كان في يد أحد قبل الدعوى هل يصدق المدعي أم لا ؟ وكذا المراد بالمعارض هـل هو المعارض الشأني أو

(١) الوسائل ج١٨ ب١٧ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

أو الفعلي خاصة ؟ فعلى الاول لايصدق المدعي الا مع فرض عدم صلاحية دعواه للمعارضة اصلا. وعلى الثاني يصدق بمجرد سلامة الدعوى عن المعارضة الفعلية. حتى أن الزوجة مثلا لو ادعت أنها مطلقة غير مدخولة في الساعة السابقة جاز تزويجها .

وكل منهما أشكل من الاخر ، لان الاقتصار في سماع الدعوى بلامعارض على دعوى غير صالحة للمعارضة مطلقاً يوجب سقوط القاعدة عن الفائدة، لان مثل هذه الدعوى ممتنعة عقلا أو عادة . وجعل المدار على المعارضة الفعلية وعدمها ، يتفرع عليه مايقضي الضرورة بخلافه فضلا عن الاجماع مثل الفرع المشار اليه .

[دعوى الاموال وغير الاموال]

وتنقيح المسألة يحصل برسم مقامين : الاول في دعوى الاموال ، والثاني في غيرها كدعوى الطلاق والوكالة ونحوهما .

(أما الاول) فالكلام فيه تارة في اعتبار فعل المسلم وتصرفه مع عدم المعارض ، وأخرى في حجية قوله وادعائه .

أما الفعل والتصرف : حيث لامعارض لهما ـ مثل أن يضع انسان يده على مال مطروح أو يتصدى لبيعه أو نحو ذلك من التصرفات ـ فالظاهر وجوب حمله على الصحة تكليفاً ووضعاً ، فيجوز الشراء ممن يتصدى لبيع المطروح .

والدليل عليه القاعدة المسلمة في الجملة ، أعني أصالة حمل فعل المسلم على الصحة. لانه من أظهر مواردها. فيحكم بأن وضع اليد على ذلك المطروح بعنوان الملكية وضع صحيح تكليفاً ووضعاً ، وكذا بيعه ونحوه من التصرفات.

وقد يناقش في ذلك بأن حمل فعل المسلم على الصحيح كالبيع لايقضي

بكونه ملكاًله . لان أصل الصحة لايثبت الامر المشكوك في وجوده من الشرط أو الجزء كما تحقق في محله ، حيث قلنا ان صحة البيع الواقــع من الراهن لايثبت اذن المرتهن اذا اختلفا في الاذن وعدمه ، وكذا صحة بيع مال الغير لايثبت مقارنته بالاذن ، فكذلك نقول في المقام : ان صحة البيع مع الشك في كون المبيع مملوكاً للبائع لايقتضي الحكم بكونه مملوكاً للبائع . كمـا أن صحة البيع المتنازع في كون أحد العوضين فيه خمراً أو خلا لايقتضي الحكم باستحقاق الخل . وهكذا الى سائر مافرعنا على بطلان الاصل المثبت من فروعات المسألة في محله .

وأما القول فالدليل على حجيته واعتباره غير واضح . لان رواية الكيس قد عرفت ظهورها في مورد يكون للمدعي يد على المال . ولا كلام في مثله ، لان اليد بنفسها سبب لتصديق صاحب اليد من غير حاجــة الى ضميمة الدعوى والقــول .

نعم لو حملت الرواية على ما اذا لم يكن يد للمدعي . مثل أن يقال : ان العشرة قد وردوا على الكيس المطروح فنفى كلهم الا بعضهم ، أو يقال : ان المدعي قد ورد على الجماعة الذين كانت اليد لهم دون المدعى الوارد . أونحو ذلك كان دليلا على المسألة . وكذا لو ادعى اطلاقها بالنسبة الى كون المدعي ذا يد وعدمه .

الا أن جميع ذلك احتمالات لاشاهد لها . والرواية لااطلاق لها لكونها من باب حكايات الاحوال . الا أن يتمسك بترك الاستفصال . فان الاستفصال في مثله على تقدير عدم عموم الحكم أمر لازم . فتدبر .

أو يقــال : بأن اليد على الكيس كانت مقودة لمجموع العشرة ، فاذا نفى الاكثر عن نفسهم زال اليد عن الكيس رأساً حتى بالنسبة الى المدعي .

[تصوير معنى المشاركة في اليد]

توضيحه : ان المشاركة في اليد تتصور على قسمين : أحدهما أن يكون لكل من الشركاء يد مستقل كجلوس المترددين في الدار، فان اليد في مثله ثابتة لكل واحد حتى لو قطع النظر عن الاخر أو فرض عدمه كان يده ثابتة . والثاني أن يكون اليد مقومة بالمجموع بحيث لو انتفى يد أحدهم انتفت اليد عن الباقي .

ومن هذا الباب مورد الرواية ،لان يد العشرة على الكيس في الوسط كانت مقومة بالمجموع . وآية ذلك أنه لو كان كل واحد من العشرة بحيث اذا انفرد عن الباقي والكيس في محله ومكانه ـ بأن يقع الكيس في مقابله ـ لم يصدق عرفاً أنه صاحب يد على ذلك الكيس الواقع في قدامه ، بل كان يعتبر في كونه صاحب يد انضمام الباقي اليه على نحو يحصل من اجتماعهم نحو دائرة محيطة بالكيس كانت اليد حينئذ مقومة بالجميع . فاذا كان أصل ثبوت اليد لكل واحد باعتبار كونه جزءا للدائرة المحصلة لليد لزم اناطة بقاء اليد وعدمه بتفرقهم على وجه لايبقى معه دائرة محيطة وبعدم تفرقهم كذلك .

ومنه يعلم أن تفرق واحد أو اثنين أو ثلاثة لايقدح في ثبوت اليد للباقي مجتمعاً، الا اذا كان التفرق بحيث ينتفي معه شبه دائرة محيطة، وأمامع بقائه فلا.

هذا حال التفرق . وأما نفي الملكية عن أنفسهم فهو في حكم التفرق الحقيقي ولو كانوا مجتمعين ، لان النفي يرفع أثر الاجتماع كما يرفع أثر اليد المنفردة .

نعم لو كان الكيس المفروض بقرب من المدعي ـ بحيث لو انفرد صدق أنه صاحب يد عليه أيضاً ـ لم يقدح تفرق الباقي أو نفيهم في ثبوت اليد له على الكيس .

لكن الظاهر من السؤال ـ على مايقتضيه جلوس العشرة عادة ـ أن نسبة الكيس الى المدعي وغيره من حيث القرب والبعد كانت نسبة واحدة بحيث يعتبر في ثبوت اليد اجتماعهم مع عدم النفي ، فلا يرد أن الرواية كما يحتمل ذلك كذلك يحتمل الاول ، فلايصح الاستناد اليها في تأسيس حكم جديد ، وهو اعتبار قول المدعي بلا معارض مع عدم اليد .

وأما ما ربما يتوهم أو توهم من دلالة رواية منصور الاخرى الطويلة في مسألة الخلافة وتعيين قيم القرآن على أن المدعي بلامعارض يعتبر قوله(١)، لان الراوي احتج على كون علي عليه السلام قيم القرآن دون ابن مسعود وسائر العشرين بأن علياً « ع » قد ادعى العلم بجميع القرآن ولم يدعه أحد من هؤلاء وامضاء المعصوم . فلولا أن قول المدعي بلامعارض كان معتبراً كان الاحتجاج في غير محله .

ففيه : ان الاحتجاج بدعوى علي عليه السلام انما هو بعد الفراغ عن حجية قول آحاد الصحابة بأن قول الصحابي كان حجة عند الصدر الاول ، ولذا استدل الراوي على عدم كون ابن مسعود مرجعاً في معرفة القرآن باعترافه بأنه لايعلم القرآن كله لا بأن قوله ليس بمعتبر حتى فيما يدعي علمه من الايات ، فليس الاستناد الى قول علي عليه السلام ودعواه العلم بالقرآن جمعاً من جهة أنه كان مدعياً بلامعارض ، بل من جهة كونه من الصحابة وكون قول الصحابة حجة .

وقد يستدل على المطلوب بأصالة الصحة أيضاً . وقد بينا ضعفه في محله ، حيث قلنا ان اجراء أصالة الصحة في الاقوال عبارة أخرى عن القول بحجية قول المسلم الغير العادل . وهو كما ترى ، لان حجية العدل فيه ألف كلام فضلا عن غيره .

(١) الكافي ١ / ١٤٩ .

وقد يستدل عليه أيضاً بما عن الفاضل وابنه من أن كل فعل يكون للانسان انشاؤه يقبل اخباره به كما أومأنا اليه في غير موضع ، منها باب اللقطة في تحقيق قولهم « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، مثل اخبار بعض العسكر بأمان بعض الكفار حيث أن له انشاء الامان فيقبل اخباره ، ومثل اخبار الحاكم بالحكم الذي أنشأه ، وغير ذلك من الامثلة المشار اليها المصرح بها في كلمات الاصحاب.

وهنا أيضاً يقال بأن تصرف المسلم وفعله المعينين على الملك اذا كانا نافذين وحجتين ومحمولين على الصحة كان قوله واخباره ودعواه للملك أيضاً كذلك .

لايقال : له انشاء التصرف ، فيقبل قوله بناءاً على القاعدة المزبورة في الاخبار بالتصرف لا الملك .

لانا نقول : الملك لما كان متفرعاً على فعله الذي كان يملكه كوضع اليد والبيع ونحوهما من التصرفات المختصة بالملاك كان الاخبار بالملك منزلة الاخبار بذلك الفعل .

وهذا مثل ماعن العلامة «ره» في باب الخيار من أن اخبار البائع ذي الخيار بكون المبيع مغصوباً مقبول . لان له ازالة أثر العقد بالفسخ فيقبل قوله واخباره بكل شيء يترتب عليه فساد العقد ، مع أن الفرق بين الغصب الذي يخبر به البائع والفسخ الذي يملكه أوضح وأجلى من الفرق بين الملك الذي يخبر به المدعي فيما نحن فيه والفعل الذي هو مالكه ـ أعني التصرفات المختصة بالملاك.

ثم المراد باليد في المقام هي اليد التي تدل على الملك سواء كانت فعلية أو سابقة ، لان المدار على كون المدعى به غير محكوم بملك أحد ، فحيثما كان محكوماً بحكم اليد الفعلية أو السابقة بالملك للغير لم يقبل دعوى مدعيه بلا بينة .

وأما المراد بقولهم « قضى له » فيحتمل وجوهاً :

(أحدها) أن يخلى المدعي وسبيله . بأن لايتعرض بحاله بمطالبة البينة أواليمين مع عدم ترتب غير آثار ملكه عليه ، وهو الظاهر من المسالك . وأنت خبير بأن هذا المعنى موافق للاصل والقواعد فلا يحتاج الى دليل جديد .

(والثاني) أنه يقضى بـه على وجه يكون به صاحب اليد ، ويجوز معه ترتيب آثار الملك مراعى الى حدوث مدعي آخر ، فيكون أثر القضاء جعل المدعي صاحب اليد مراعى الى ظهور الخصم ، وبعد ظهوره يكون حاله مع حال الخصم من حيث اليد وعدمه واحدة .

(والثالث) انه يقضى له على وجه يكون بـه صاحب اليد مطلقاً حتى مع ظهور الخصم . ولعل الاخير أظهر .

[دعوى غير المال كالوكالة وغيرها بلامعارض]

هذا هو الكلام في المقام الاول ـ أعني دعوى الاملاك ـ وأما الكلام في المقام الثاني ـ أعني دعوى غيرها بلا معارضة أحد كدعوى الوكالة والطلاق ـ فاثبات قبول الدعوى فيه أشكل ، لعدم مساعدة شيء من الادلة عليه الاماربما يدعى الاتفاق على خلافه من أصالة حجية قول المسلم ، بمعنى قبوله التصديقية من حيث المطابقة للواقع .

ومما يـدل على فساد الاتفاق على عدم حجيته في مقابل اليد أو في مقابل الدعوى . مع أن قضية الحجية القبول مطلقاً ، لان البينة وما يجري مجراهـا حجيته في هذه المقامات كلا ونحو ذلك من المقامات التي لايسمع فيها قول المسلم التي هي أكثر مما يحتمل البقاء تحت الاطلاق .

ثم ان الدعوى بلا معارض في المقام الثاني أيضاً تنقسم الى قسمين : لان الدعوى قد تكون دعوى على الغير اشتمالها على سقوط حق الغير ، وذلك :

مثل دعــوى الوكالة ، ومثل دعوى الطلاق . ومثل دعوى موت الزوج ، ومثل دعوى العبدالاعتاق . وغيرذلك من الدعاوي المخالفة للاصول المتضمنة لسقوط حق الغير . وقد لايكون كذلك بل تكون دعوى مخالفة للاصل من دون تضمنها لسقوط حق حتى تكون دعوى على الغير ، وذلك مثل دعوى الرجوع ودعوى الحيض ودعوى الطهرونحو ذلك ممــا تخالف الاصل ولا تتضمن اسقاط حق للغير في بعض المقامات .

وفي كل منهما لادليل على قبول الدعوى ، الا أن عدم القبول في القسم الاول أوضح . بل يمكن الاستدلال عليه مضافاً الى عدم الدليل بقوله البينة على المدعي . اذ يصدق عليه عرفاً أنه مدع على الغير وان لم يكن ذلك منكراً .

ولايذهب عليك أن مرجع هذه الدعاوي ليست الى الدعوى على الغائب . مثلا اذا ادعت المرأة موت الزوج وأرادت التزويج ، فهذه ليست دعوى على الغائب ولكنها دعوى متضمنة لسقوط حق الغير . وهكذا .

ولا فرق في هذا القسم بين كون ذلك الغير معلوماً بالتفصيل أو معلوماً بالاجمال مع كون الشبهة محصورة . وأما مع عدم انحصار الشبهة فالظاهر أنها ملحقة بالقسم الثاني ، لان العلم الاجمالي مع كثرة المحتملات ملحق بالجهل حكماً في مثل المقام .

ويتضح مماقررنا السرفي عدتصديق مدعي اللقطة أومدعي مجهول المالك ، لانه يدعي مايتضمن سقوط ولاية الملتقط أوالحاكم .لان ولايتهما تزول بظهور المــالك .

نعم لوادعى مالامجهول المالك قبل استقراره في يد الحاكم ونحوه صدق وقضى له بنــاءا على التصديق في القسم الثاني . أعني ما لا يكون دعوى على غير معلوم تفصيلا أواجمالا ،لان الدعوى حينئذليست دعوى على الغير كذلك ،

بل على الغير المشتبه في غير محصور من دون أن تكون متضمنة لسقوط حق ولاية ، اذ الفرض عدم وصوله الى يد الحاكم أو أمين آخر بعد .

وقد يقال : انه على البناء المزبور يصدق مدعي اللقطة مثلا ، لان ولاية الملتقط ليست من الحقوق الثابتة له أصالة بل باعتبار كونه نائباً مناب مالك اللقطة ، فبعد ادعاء الشخص اللقطة لم يتصور لدعواه معارض ولم تكن دعواه دعوى على الغير : أما بالنسبة الى المالك المجهول فواضح ، اذ المفروض عدم العبرة بالعلم الاجمالي المتعلق بوجوده وكونه بمنزلة الجهل. وأما الملتقط فلعدم منافاة دعواه لدعوى المدعي مثلا، لان الملتقط لايدعي الملكية بل يدعي ولاية الحفظ عن المالك وهو يدعي الملكية ، فيجمع بينهما من غير أن يكون فيه سقوط حق .

وفيه تعسف .لان المراد بالسقوط هنا أعم ممايوجب الخروج الموضوعي، فظهور مالك اللقطة وان لم يكن مسقطاً لحق ولاية الملتقط حقيقة الا أن ذلك يوجب زوال صفة الولاية ، وهو يكفي في مطالبة البينة من المدعي . والله العالم .

التقاط

[ادعاء المدعي شيئاً بعد نفيه عن نفسه]

اذا ادعى مالا يد لاحد عليه بعد أن نفى عن نفسه فهل يقبل ويصدق بناءاً على قبول قول المدعي بلا معارض أو مشروط بما اذا لم يسبقه انكار .

قد يقال بدلالة الرواية المذكورة عليه بناءاً على ارادة الحقيقة من قوله « فقال كلهم » لاحينئذ يشمل ذلك المدعي أيضاً . ويؤيده ما ظاهرهم الاتفاق عليه في باب النكاح من أن الشخص لو أنكر زوجية امرأة ثم ادعاها وصدقته

المرأة وجب عليها التمكين وتصديق الرجل . ومثله ماذكروه في ذي اليد من أنه لو نفى ملكية مافي يده عن نفسه ثم ادعى الملكية قبل دعواه ولو مع العلم بعدم تجدد سبب ناقل .

لكن قد يناقش في الرواية بأن الظاهر من كل ماعدا المدعي كما لايخفى . ويؤيده تعبير الاصحاب كالمحقق « ره » وغيره عن مضمونها بما هو كالصريح في ذلك . فارجع ولاحظ .

وفي قبول دعوى الزوج بعد النفي بأن الحق لما كان للزوجة فاذا صدقته وجب عليها التمكين لانها المانعة عن سماع دعواه بعد الانكار .

وفي مسألة اليد بأن الانكار الاول والاقرار الثاني يتعارضان ويتساقطان فيعود حكم اليد . فلا يقاس به مالا يكون فيه شيء من أمارات الملك كما نحن فيه .

هذا . ويمكن أن يقال : ان الدعوى بلا معارض على تقدير قبوله يشمل المقام ولايشمله قولهم «لايسمع الاقرار بعد الانكار» ولأدلة نفوذ الأقرار للاقرار الاول ، لان ذلك في مقام الخصومة الفعلية أو الشأنية ، فحيث لاخصم فلا وجه للنفوذ مع امكان حمله على السهو والنسيان مثلا . والله العالم .

التقاط

[حكم اخراج ماغرق بالغوص]

لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجه البحر فهو لصاحبه وماأخرج بالغوص فهو لمخرجه . كما نطقت به رواية ضعفها المحقق في الشرائع مشعراً بالتردد . ولكن عمل بها في محكي النهاية ومحكي الارشاد والتذكرة والتحرير .

وربما قيل بأن المرجع فيمايخرج بالغوص عن القاعدة ، فان كان الاخراج

باذن المالك وأمره استحق أجرة الغوص والخارج للمالك ، وان كان بدون الاذن فليس له شيء .

وربما يستدل على ذلك بعد قصور الرواية عن تأسيس حكم مخالف للقواعد بأن شيئاً من أسباب التمليك للغواص غير موجود ، لان مايحتمل أن يكون سبباً أحد أمور :

(الاول) كون الاعراض من أسباب التمليك ، بمعنى كونه سبباً لخروج المعرض عنه عن ملك المالك رأساً وصيرورته كالمباحات الاصلية ، بحيث يصير ملكاً للقابض والحائز .

(والثاني) الاباحة على نحو القول بها في المعاطاة ، بمعنى اباحة العين لكل من يقبض فيكون بمنزلة هبة وعطية غير معين فيها الموهوب له .

(والثالث) صيرورة المال بالغرق في حكم التالف اذا صار الى قعر البحر بحيث ييأس منه المالك ، كما هو الغالب فيما يحتاج اخراجه الى الغوص ، اذ المتوقف في وسط البحر غالبه يقذفه البحر بالساحل ، ولذا قال عليه السلام « وما أخرجه البحر فهو لصاحبه[1] » ، اذ الغالب بل الدائم أن البحر لايقذف ما في قعره بل ما في فوقه أو بطنه على نحو لايلحق عرفاً بالمعدومات والتالفات . بعكس مايخرج بالغوص ، فانه غالباً شيء مستقر قعر البحر بحيث يلحق في تلك الحالة بالتالف ، فيكون وضع اليد عليه من أسباب حصول الملك كحيازة المباحات الاصلية .

[معنى زوال وصف الملك عن المال]

توضيحه : ان زوال وصف الملك قد يكون باعتبار خروج المالك عن

(١) الوسائل ج١٧ ب١١ من ابواب اللقطة ح١و٢ .

القابلية كالحي اذا صار جماداً بالموت ، وقد يكون لحدوث القصور في المملوك، كما اذا انقلب الى بعض مالايتملك ولايتمول شرعاً أو عرفاً كتحول الغذاء فضلة وصيرورة البيضة فاسدة ونحوهما، وقد يكون باعتبار انتفاء موضوع الملك وتلفه حقيقة كموت الحيوان واراقة الماء ونحوهما من أقسام التلف الحقيقي العرفي، وقد يكون حكماً كالمال الذي لايمكن وصوله الى مالكه عادة كالمال المنهوب في الطريق أو المسروق فيما لايتعين فيه السارق في محصورين كأهل القرية أو أهل بلد مثلا .

وبالجملة ماكان المالك مأيوساً عن الظفر به عادة فانه عرفاً يلحق بالتالف ، ولذالايصح بيعه وشراؤه ونحوهما مايعتبر في مجاريها الملك والمال العرفيين.

ومن هذا الباب الغريق الواقع في قعر البحر. فان المالك فيه أشد يأساً مما أجروا عليه حكم التالف كالمال الذي يأخذه قطاع الطريق ، فاذا كان في حكم التالف فلا يصلح طرفاً لنسبة الملكية والمالية اللتين كانتا متقومتين به .

والجميع منظور فيه :

(أما الاول) فيرد عليه : أولا منع كون محل البحث من موارد الاعراض ، لان مجرد غرق المال لايستلزم اعراض المالك . نعم ربما يوجب يأسه عادة ، وبينهما لعله بعض الفرق . وثانياً منع كون الاعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يتملكه القابض بالحيازة . اذ لادليل على ذلك غاية الامر كونه سبباً لاباحة التصرفات عدا مايتوقف على الملك كالوطي والبيع ونحوهما، ولم تقم السيرة على أزيد من ذلك في غير الامور الحقيرة ، فلا مسرح للتمسك بالسيرة أيضاً .

فان قلت : قد مرفي باب اللقطة بعض مايدل على أن الاعراض سبب للخروج

عن الملك كما في البعير الواقع في الكلاء ، فان في بعض الروايات تعليل اباحتها بأن المالك أباحها[١] .

قلت : الالتقاط في نفسه سبب للتملك ، غاية الامر انه اشترط في خصوص البعير الضالة بماذا علم أن مالكها قد أعرض عنها، فالكلام هنا في كون الاعراض سبباً مستقلا في جعل المعرض عنه من المباحات .

(وأما الثاني) ففيه أيضاً أن مجرد اليأس لايستلزم انشاء الاباحة فعلا أوقولا أو قلباً ، والكلام في أن مجرد الغرق هل يستلزم اباحة الغريق للاخذ كما نطقت به الرواية أم لا، ومع ذلك فالاباحة انما تبيح التصرفات دون الملك أومايتوقف عليه من التصرفات .

(وأما الثالث) فلان كون الغريق في حكم التالف عرفاً على تقدير تسليمه مطلقاً، مع أن ذلك يختلف باختلاف الاحوال، فربماتكون العادة جارية بامكان اخراجه بغوص ونحوه . فلا يتم دعوى كونه بمنزلة التالف حينئذ . اذ صيرورة المال تالفاً حقيقياً انما يوجب زوال صفتي الملكية والمالية .

وأما حق الاختصاص والاولوية فلا يوجب زواله أيضاً. وتحقيق ذلك يطلب مماأسلفنا في باب الغصب في جملة مسائله ، كمسألة زرع حب المغصوب وتفريخ البيضة المغصوبة ونحوهما، فاذا كان حق الاولوية باقياً فيلزمه عود الملكية على تقدير زوال تعذر الوصول الذي أوجب الحاقه بالتالف. فيكون للمالك انتزاعه من الغواص .

وبالجملة ظاهر الرواية غير مطابق للقواعد ، والعمل بها على نحوه ينجبر به ضعف السند غير معلوم. نعم يمكن تطبيقها على القاعدة بالتصرف فيما يقتضيه ظاهر كلمة اللام المفيدة للملكية ، بأن يقال : ان المراد حصول الاباحة في

(١) الوسائل ج١٧ ب١٣ من ابواب اللقطة ح٢ .

التصرفات دون الملك أومايتوقف عليه من التصرفات ، فمعنى قوله عليه السلام « فمـا أخرج بالغوص فهو لهم » [١] انهم يتصرفون فيـه كيف شاؤا لا أنهـم يتملكون .

وهذا المعنى موافق للقاعدة ، لان التصرفات في المال المعرض عنه مضافاً الى امكان اثباته من السيرة وبعض الاخبار موافق للقواعد أيضاً، لان الانسان اذا أعرض عن ماله فان رجع ذلك الى أمر وجودي ـ وهو انشاء اباحة التصرفات للناس ـ فـلا اشكال حينئذ في جواز التصرف ، لانه تصرف باذن المالـك ورخصته .

وان قلنا بعدم رجوعه الى ذلك وان الاعراض ليس باباحة ولا مستلزماً له، فلا أقل من كونه رفعاً لمنع تصرفات الناس، وهو يكفي في جواز تصرفهم، لان حرمة التصرف في مال الغير انما هو لاجل الاحترام ،كما يدل عليه قوله عليه السلام «ان الله جعل حرمة أموالكم كحرمة دمائكم»[٢] فاذا أعرض صاحب المال عنه ورفع الحجر والمنع من قبله فالتصرف في مثله ليس منافياً لاحترامه .

وأيضاً يمكن القول بأن التصرف حينئذ تصرف عن طيب النفس منه .

وكيف كان فجواز التصرف في المال المعرض عنه من دون القول بحصول الملك ، سيما في الاموال الحقيرة ، أمره سهل .

فان قلت : مورد الروايـة ليس فيه اشارة الى الاعراض ، فظـاهره أيضاً

(١) الوسائل ج١٧ ب١١ من أبواب اللقطة ح١و٢ .

(٢) الموجود في الوسائل في موضعين من كتاب القصاص منه ص٣ وص١٠ ففي ص٣ حديث٣ هكذا «فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام» وفي ص١٠ حديث٣ هكذا «وحرمة ماله كحرمة دمه» الوسائل١٩ كتاب القصاص ص٣و١٠ .

مناف للقواعد، لان مجرد اليأس مع عدم الاعراض ليس من أسباب حل التصرف أيضـاً .

قلت : نحمل الرواية بعد التصرف في لام « لهم » بما عرفت على الغالب الذي هو الاعراض عند حصول اليأس، لان الايسين عن أموالهم غالباً معرضون عنها . أو ربما يشعر به رواية أخرى واردة في المسألة حيث أن فيها زيادة، وهي ان ماتركه أهله أخرج بالغوص فهو لاهله ، لان ظاهر تركه هـو الاعراض . فافهــم .

وحينئذ فيحمل اطلاق رواية البعير المتقدمة على صورة الاعراض حمل المطلق على المقيد . بناءاً على ثبوت التقييد في المثبتين في الاحكام الوضعية ، كما هو أحد الوجهين في المسألة أو أقواهما . والله العالم .

القول في دعاوى الاملاك

التقــاط

[التنازع في عين معين]

لو تنازع اثنان عيناً : فاما أن تكون العين لايد لاحد عليها ، أو تكون تحت يدهما معاً ، أوتحت يد أحدهما ، أو يد ثالث . فهنا مسائل :

[التنازع على عين لايد لاحد عليها]

(الاولى) أن يتنازعا عيناً لايد لاحد عليها. فان كانت الدعويان متعاقبتين قدمت الاولى . لانها في حال وقوعها كانت بلا معارض . بل هذه ثمرة تصديق الدعوى بل معارض على أظهر الوجوهات في المسألة كما سبق، الا أن تفرض الدعوى الثانية كانت في حال دعوى الاولى. بأن ثبت ذلك باقرار المدعي الاولي أو بنحو ذلك .

لايقال : المدعي الثاني ــ انما يدعي حقيته في حال دعوى الاول ، فتكون تلك الدعوى في حال صدورها معارضة بمثلها وان لم تكن معلومة .

لانا نقول: المعتبر في تصديق الدعوى بلا معارض سلامتها حين وقوعها عن دعوى أخرى مثلها ، وهذا مفروض الوجود في دعوى الاول . وادعاء الثاني حقيته في حال تلك الدعوى لاتجعلها دعوى معارضة، لان التعارض من خواص وجود الدعوى الثانية ان الدعوى الاولى حين وجودها كانت مما يتعقبها دعوى أخرى معارضة ، وهو غير كونها مبتلاة بالمعارض في حين وجودها .

وان كانتا متقارنين بالتقارن العرفي أو الحقيقي . ففيه وجود الطرح واعمال كل من الدعويين في النصف كاعمال السببين مع الامكان . وذلك مثل مالو أوصى بألف لزيد من الثلث وألف لعمرو وكان مجموع الثلث مقدار ألف ، فان الحكم فيه التشريك بالنصف بين زيد وعمرو والقرعة . كما هو الشأن في جميع صور تعارض الامارتين أو تزاحم السببين ، فانه قد يحكم فيها بالطرح كالبيعين الواقعين على شيء واحد ، وقد يحكم بالتشريك كالمثال المفروض ، وقد يتوقف ويستخرج الواقع بالقرعة .

هذا حكم أصل المسألة . وأما القضاء فيحتاج الى الحلف ، بمعنى أن الحاكم يقضي بالمجموع للحالف اذا كان أحدهما والا فالتنصيف . لان كل واحد منهما بالنسبة الى الاخر مدعى عليه وان لم يكن منكراً لعدم اليد ، فيجري ميزان القضاء من الحلف وغيره .

[التنازع على عين لكل من المتنازع يد عليها متناوباً]

(الثانية) أن تكون تحت يدهما معاً على التناوب كالفرس يركبه أحدهما يوماً والاخر يوماً ، وعلى الاجتماع كالدار يحلها اثنان على وجه يتصرف كل منهما في مجموع الدار .

والحكم فيه كما ذكره الاصحاب من القضاء بينهما نصفين . لان يد كل منهما

وان كانت على المجموع الأنها دليل شرعاً وعرفاً على ملكيته للنصف المشاع، لان مطلق اليد في العرف دليل على مطلق الملك الشامل للملك التام والناقص واليد الاستقلالية دليـل على الملك التام والمنضمة مع مثلها دليل على الملكية الناقصة في مجموع الدار والملكية التامة في النصف المشاع .

وفي الشرع أيضاً كذلك ،لان الشارع لم يتصرف فيموضوع اليد العرفية التي تعد عند العرف من أمارات الملك التام أو الناقص بل أمضاها وقررها على ماهي عليه في العرف .

وليس المراد أن اليـد على المجموع في صورة التعدد يد على النصف المدعى ، بل المراد أن الايادي المجتمعة أمارات على ملكية النصف أوالثلث مثلا وان لم يكن بينهما فرق عملي .

نعم لو جعلنا علامة الملك السلطنة التي تكشف عنها اليدلانفس اليد كانت يدكل منهما بمعنى السلطنة التامة على النصف، فان جعلنا الامارة نفس اليد قلنا ان يـدكل منهما على المجموع ، ولكن اليد على المجموع انما تكون أمارة على ملك المجموع اذا كانت تامة استقلالية ، وأما اذا كانت ناقصة بمزاحمة مثلها فهي أمارة على ملك البعض كالنصف والثلث مثلا . وان جعلنا دليل الملك هي السلطنة التي تكشف عنها اليد قلنا ان لكل منهما علامة الملك في النصف دون الكل . والامر في ذلك سهل .

وانما الكلام فيما جنح اليه بعض مشائخنـا قدس سره حيث جعل اليدين بمنزلة الامارتيـن المتعارضتين أو السببين المتزاحميـن ، وقال : ان القضاء بالنصف انما هو لاجل ذلك لا لاجل أن يدكل منهما على النصف أو أن اليـد على المجموع اذا كان معها مثلها لاتدل الا على تلك النصف . وقاسه بالمسألة الاولى ــ أعني الثاني على مالا يد لاحدهما وعلى تعارض البينتين .

وقد ظهر ضعفه بما ذكرنـا ، حيث أن المحكم في ذلك هو العرف ، اذ الشارع لم يغير موضوع تلك الامارة العرفية عما هي عليه في العرف . ونحن نجد أن بناء العرف في صورة تعدد اليد بالتناوب أوبالاجتماع على جعل يد كل دليلا على ملك البعض .

وأما القياس بتعارض البينتين فهو قياس مع الفارق ، اذ لم يعتبر في دلالة البينة على حقيقة ماقامت عليه عدم قيام بينة أخرى على خلافها، بل هي في نفسها حجة شرعية وعرفية غاية الامر انها بسبب التعارض تسقط عن الحجية الفعلية .

وكذا الدعوى فانها أمارة على صدقها فيما لايد لاحد عليه سواء عارضها مثلها أم لا، غاية الامر انها بعد التعارض تكون المقام من مقام تعارض الامارتين، بخلاف اليدفان دلالتها على الملكية التامة مشروطة عرفاً وشرعاً على استقلالهما، والاستقلال مع التعدد غير موجود بالنسبة الى المجموع وانما هو بالنسبة الى البعض ــ فافهم .

وكيف كان فيتفرع على ماذكرنا أن الحكم لكل منهما بالمجموع يتوقف على الحلف ، لان كلا منهما بالنسبة الى نصف شريكه مدع وهو بالنسبة اليه منكر . فيحصل التداعي هو مقام التحالف كما صرح به غير واحد .

وعلى ماذكره « قده » يخرج المقام عن مورد التحالف ، اذ لاتداعي هنا بل كل منهما منكر ولايدعى له ،كالمسألة الاولى أعني صورة تعارض الدعويين على عين مطروحـة . فانه لاوجه في مثله للتحالف الا على بعض الوجوه التي ذكرها « قده » لتوجيه التحالف بعد فرض خروج المقام عن التداعي ، وحينئذ فلابد أن يكون عدم تعرض جماعة للحلف في المقام لاحد وجوه :

(أحدها) أن يكون ترك التعرض ثمة بما هو المعلوم من أن القضاء لايكون الابأحد الموازين بعد التسالم على ماذكرنا وان كلامنهما دليل على ملك النصف

خاصة دون الكل حتى يكون من مقام تعارض الامارتين، وحينئذ فيرتفع الخلاف بين المتعرض للحلف من المسألة وغير المتعرضين . لان كلا من الطائفتين يعترف حينئذ بأن كل واحد من اليدين دليل على النصف وأنه حكم شرعي واصل في المسألة، وبه يعرف المدعي من المنكر ويحكم بأن كلا منهما منكر بالنسبة الى النصف ومدع بالنسبة الى النصف الاخر، وان كان القضاء بمعنى فصل الخصومة متوقفاً على شيء من موازينه من حلف أو بينة . لكن هذا خلاف ظاهر المحقق في الشرائع حيث جعل القولين متقابلين .

(وثانيها) ماذكره «قده» من أن اليدين المجتمعين عند غير المتعرضين لما كانت بمنزلة الامارتين المتعارضتين اقتصروا في القضاء على مجردهما ولم يعتبروا في ذلك الحلف ، اذ على ذلك لا يرجع الى التداعي حتى يتوقف الحكم على الاحلاف كما عرفت ، بل على فرض وجود الدعويين كالعدم وعدم سماع شيء منهما وترتيب آثار كل من اليدين .

(وثالثها) الحاق المسألة بالدرهم المشتبه بالاثنين في مسألة الوديعة في الصلح القهري . فكما أن القضاء في مسألة الدرهم لا يتوقف على الاحلاف بل يحكم الحاكم بينهما بالنصف من غير احلاف للنص كذلك في المقام يقضي بينهما بالنصف لكونه حكماً شرعياً وصلحاً قهرياً في المسألة ثبت من الشرع بالدليل .

(ورابعها) ماأبداه في محكي كشف اللثام وتبعه في محكي مفتاح الكرامة ، وهو التصرف في ظاهر كلمات من صرح هنا بالحلف ، بحملها على أن الحلف أمره راجع الى المتداعيين ، فلكل منهما احلاف صاحبه ، وأما الحاكم فهو يقضي بالنصف من دون احلاف . واستظهره من عبارة النافع ، حيث انه بعد أن قال انه يقضي بالنصف قال : ولكل منهما احلاف صاحبه .

ومما مر تعرف أن الوجه الاول أقرب احتمالا ومحتملا ، كما تعرف ضعف ماعداه خصوصاً الاخير ، لان القضاء اذا لم يتوقف على الحلف فقضى الحاكم وتم القضاء فلامعنى لسلطنة كل منهما بعد الفصل والانفصال على احلاف صاحبه .

هذا ، ثم ان الاصحاب ذكروا في كتاب الصلح مسائل ربما يتخيل مشابهتها لما نحن فيه ، كلها على خلاف القاعدة ثبت بالدليل من النص :

منها ــ لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها . قالوا : فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعاسرا بيعا وأقسما بينهما وأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة وللاخر ثلاثة .

ومنها ــ ماأشير اليه من الدينار المشتبه بين الاثنين عند الودعي ، بأن أودعه انسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم . قالوا: ان صاحب الدرهمين يأخذ درهماً ونصفاً من الاخر .

ومنها ــ مالو كان مع اثنين درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الاخر أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللاخر مابقي .

(أما المسألة الاولى) فهي وان كانت مخالفة للقواعد لعدم صيرورة الثوبين بمجرد الاشتباه مشتركاً بينهما حتى يتشاركا في ثمنهما بنسبة ماكان لهما مع عدم الاشتباه ، فلابد من استعمال القرعة قاعدة مع عدم التداعي ومعه من استعمال موازين القضاء . الا انها لامساس لها بالمقام حتى يستنبط حكمه مما ذكروه هناك ، لانها في تلك المسألة ماتداعيا عيناً في يدهما كما لايخفى .

(وأما المسألة الثانية) فهي أيضاً غير مربوطة بالمقام : اما لان يد الودعي ليست يداً للمستودعين ، أو لان للودعي على كل منهما يد واحدة يعلم كونها من جانب أحدهما دون الاخر ، فيده على كل واحد من الدرهمين يد نيابة عن

هذا أو عن ذاك ، فالمنوب عنه غير معلوم ، فيكون مثل ما لو تداعيا عيناً يعلم كونها في يد أحدهما معاً .

وان أبيت عن ذلك وادعيت أن يد الودعي على كل واحد من الدرهمين يد نيابة عنهما معاً . قلنا حينئذ : انا نعلم بمخالفة احدى يديه للواقع في كل واحد من الدرهمين ، للعلم بأنه في الواقع لاحدهما خاصة ، فيده على الدرهمين معاً معلوم المخالفة للواقع بالنسبة الى كلا الرجلين ، فيخرج أيضاً عن موضوع مسألتنا ـ أعني التداعي ـ مع كون العين في يدهما على وجه احتمل حقية كل من اليدين ولو على سبيل الشركة ، ولكنها أيضاً مخالفة للقاعدة كما لايخفى .

نعم بعض مشائخنا « قده » أسس في الاموال المشتبهة اساساً استناداً الى ماورد في هذه المسائل وغيرها من أن الاشتباه والدوران من أسباب الشركة أو الاشاعة نظير المزج في الشركة الحقيقية ، وعلى هذا الاساس تتم المسألتان وغيرهما أيضاً .

(وأما المسألة الثالثة) فالمستند فيها رواية ابن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك . قال : فقال ابو عبدالله « ع » : أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين(١) .

ومثله المرسل كما قيل(٢) .

قضية الحديث أن مدعي أحد الدرهمين قد يدعي أحدهما على سبيل الاشاعة ، بأن يكون له في كل درهم نصف كما هو ظاهر قول الراوي «هما بيني وبينك» لان المتبادر منه أنه كان يدعي اشاعة الدرهمين وأنهما ميراث بينهما أو ثمن مبيع

(١و٢) الوسائل ج١٣ ب٩ من كتاب الصلح ح١و٢ .

كذلك ، وقد يدعي أحدهما المعين ويعترف بالاخر لصاحبه كما هو ظاهر قول الامـام عليه السلام في الجواب « وأما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن الدرهمين ليس له » حيث فهم من ذلك دعواه الاحد المعين ففسره بأنه أقر بأن أحد الدرهمين ليس له .

ولا ريب أن الاقرار بأحد الدرهمين ليس اقراراً بالنصف المشاع وادعاء النصف المشاع الاخر ، اذ ليس النصف المشاع منهما هو أحد الدرهمين بل هو نصف كل من الدرهمين .

وهذا هو الظاهر من عبارة الاصحاب أيضاً، لانهم عبروا عن عنوان دعوى مدعي النصف بدعوى أحـد الدرهمين الذي يكون النسبة بينه وبين النصف المشاع عموماً مطلقاً .

فلابد من صرف أحد الظهورين : أما الظهور الاول بجعل المراد من قوله « بيني وبينك » كون المدعى به أحد الدرهمين المعين، أو الظهور الثاني بجعل قوله « أقر بأحد الدرهمين » مرادفاً لقوله أقر باشاعة الدرهمين ، لان التعبير عن النصف المشاع من الدرهمين غالباً يكون بأحدهما نظراً الى ماهو الغالب من عدم انقسام الدرهمين بين الشريكين الا اختصاص كل منهما بدرهم .

قال بعض مشائخنا « قده » ان الرواية في الاشاعة أظهر ، كما جنح شيخنا دام ظله الى أنها في دعـوى المعين أظهر ، لان دلالة أحد الدرهمين على عدم الاشاعة مطابقة كما لايخفى ، فيحتاج صرفها الى دليل ليس هو سوى تعارف التعبير عن نصفهما المشاع بأحدهما أحياناً، بخلاف دلالة قوله « بيني وبينك »، فانه مع قطع النظر عن تعارف استعماله في مقام الاشاعة لا دلالة له وضعاً على الاشاعة ، اذ لو كان الدرهمان لاثنين على نحو اختصاص كل بأحدهما يصدق أيضاً أنهما بينهما .

وكيف كان فان رجحنا الاشاعة كانت الرواية مخالفة للقاعدة من جهتين : لان الدرهمين اذا كانا تحت يد اثنين على وجه الاشاعة كان كل منهما بالنسبة الى النصف منكراً لكونه زايد بالنسبة اليه فلاوجه لتنصيف النصف أيضاً بل يكون أحد الدرهمين لمدعي النصف حينئذ كما ذكروا في التداعي على دار بينهما ، ثم ان التنصيف من دون حلف أيضاً خلاف مقتضى قواعد القضاء . وان رجحنا التعيين كانت مخالفته للقاعدة من جهة واحدة وهي القضاء من دون حلف ، لان التنصيف حينئذ مقتضى قاعدة تساويهما في اليد بالنسبة الى كل واحد من الدرهمين ، لما عرفت من أن العين اذا كانت تحت يد اثنين كانت بينهما نصفين بمقتضى يديهما . فكل واحد من الدرهمين حكمه ذلك ، غاية الامر خروج أحدهما باقرار مدعي الاخر .

هذا اذا لم يعلم اجمالا باختصاص مايدعيه من الدرهم بأحدهما كما هو الغالب ، والا فالتنصيف أيضاً مقتضى القاعدة ، لان يدهما على الدرهم المعين حينئذ يصير كلا يد باعتبار العلم الاجمالي بعدم الاشتراك واختصاصه بأحدهما ، فيكون من قبيل المدعيين على ما لايد لاحد عليه . وقد عرفت أن الحكم فيه التنصيف على بعض الوجوه . لكن عدم الاستحلاف أيضاً على خلاف القاعدة .

وعلى أي حال فما نحن فيه خارج عن مورد الرواية الا على تقدير حملها على دعوى المعين مع عدم العلم الاجمالي بعدوان احدى اليدين واختصاص الدرهم بأحدهما . ويحصل بذلك التناقض بين كلمات الاكثر في المقامين ، حيث أنهم اعتبروا هنا الحلف ولم يعتبروه هنالك .

ولعل هذا ممايؤيد أويدل على أن الاكثر حملوا الرواية على الاشاعة وانها موضوع كلامهم في تلك المسألة فيرتفع التناقض ، أو حملوها على دعوى العين مع العلم الاجمالي بعدوان أحدى اليدين واختصاص كل درهم بأحد .

[التنازع في عين هي في يد غير المتنازعين]

(المسألة الثالثة) ما اذا كانت العيـن بيد ثالث ، فان صدق ذلك الثالث أحدهما صار هو ذا اليد ، فيكون مدعى عليه بالنسبة الى الاخـر ، لان المراد بالمدعى عليه على مامضى في تعريف المنكر والمدعي كل من يوافق قوله حجة شرعية وهو المقر له ،لان اقرار ذي اليد له حجة له في ملكية العين فيكون هو المدعى عليه .

نعم للاخر احلاف ذي اليد المقر ، وهل يحلف على البت كما قال بعض مشائخنا لكون الدعوى متوجهة اليه ، أو على نفي العلم لو ادعي عليه العلم كما في كشف اللثام ؟ الظاهر هو الثاني ، لان الدعوى متعلقة بغير فعل المدعى عليه أعني المقر ، وهو ملكية العين لهذا ولذاك ، فليس له الاحلاف على عدم الملكية بل على عدم العلم بها . والسر في ذلك أن ذا اليد اذا لم يكن مدعياً لملكيـة مافي يده كان نفيه للملكية أو اثباته لها نفياً أو اثباتاً متوجهاً الى فعل الغير بحسب المعنى ،كنفي الوارث الانتقال المسبب عن فعل المورث فانه في الحقيقة نفي لفعل الغير .

ومن هنا يظهر أنه لافرق في ذلك بين كون الاحلاف قبل الاقرار لاحد أو بعده ، فانه يحلف على نفي العلم في الموضعين .

فان قلت : اذا كانت الدعوى بعد الاقرار فهي دعوى للاتلاف والحيلولة ، ودعوى الاتلاف دعوى لفعل النفس، فلابد أن يكون الحلف حينئذ على البت .

قلت : متعلق الدعـوى حينئذ ليس هو نفس الاتلاف ، بل كون متعلـق الاتلاف ـ أي المتلف بالفتح ـ مالا للمدعي. وفرق بين دعوى اتلاف المال ـ بأن يقول أتلفت علي مالاـ وبين دعوى كون المتلف مالا بعد الفراغ عن الاتلاف ، فان الثاني مثل دعوى الاخوة ، فالمنكر لها يحلف على نفي العلم بها ، مع أن

الاخوة ليست فعلا للمدعى عليه ولا لغيره بل مسبباً عن فعل الغير وهوالمورث . وكذا مانحن فيه ، لان دعوى مالية المتلف يرجع الى دعوى المضاف اليه ـ أعني كونه مالا للمدعي ـ لا الى أصل الاتلاف .

والغرض من التمثيل بدعوى الاخوة التنبيه على أن المراد بفعل الغير أعم مما يكون بنفسه فعلا للغير أو مسبباً عن فعله ، حتى لا يقال ان الملكية ليست فعلا لغير المقر ، فلايكون دعواها دعوى لفعل الغير ، لانها وان لم تكن بنفسها فعلا للغير الا أنها كالاخوة مسببة عن فعل الغير ، وهو المدعي مثلا .

ثم ان فائدة الاتلاف هنا الغرم دون العين ، والغرامة هنا من جهة الحيلولة ، فيغـرم ولو نكل وحلف المدعي أو بدون الحلف . ويتضح الحال في فروع المسألة في فرض المسألة .

قال في محكي القواعد : ولو كانت في يـد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما .

والظاهر أن ضمير « منهما » يرجع الى ذي اليد المقر والى المقر له ، أي يعينهما للاخر . وهذه عبارة أخرى عن أن له احلافهما ، فلايرد ماقيـل من أنه لامدخلية لحلف ذي اليد في الحكم بها لمن صدقه . فتدبر .

وان صدقهما فيقضي بينهما نصفين ولكل منهما احلاف صاحبه واحلاف الثالث ، فان نكل أحدهما عن الحلف اختصت العين بالحالف .

ثم ليس له الدعوى على الثالث حينئذ لانه وصل الى حقه . ومن محكي كشف اللثام يظهر أن له الدعوى عليه ان كان قـد سلم العين الى الناكل فيغرم النصف . وفيه انه جمع بين العوض والمعوض . الا أن يوجه بأن ذا اليد المقر بعد فرض تسليمه نصف العين الناكل كان ضامناً للحالف بعد نكوله عن الحلف ، ولا يخرج عن الضمان بمجرد نكول الناكل واستحقاق الحالف للكـل شرعاً

بسبب حلفه اليمين المردودة ، بل يتوقف خروجه عن الضمان على وصول ذلك النصف الى يد الحالف، فله ـ أي للحالف ـ حينئذ تغريم المقر وعدم التعرض لحال الناكل اما لعجزه عن انتزاع العين من يده أو لشيء آخر ،كما تقدم نظيره في تعاقب الايادي ، فان المالك له تضمين الغاصب الاول ولو مع امكان انتزاع العين من يد الثاني ، وحينئذ فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض . وليس مراده ذلك أيضاً ، بل المراد أن الحالف له ترك الناكل على حاله وتغريم المقر.

ومنه يظهر أنه لو بدر بالدعوى على الثالث المقر فأغرم ثم ادعى على الاخر فنكل وأخذ العين كلها رجعت الغرامة التي غرمها المقر .

وفروض المسألة بملاحظة النكول والحلف والابتداء بالدعوى على المقر أو بعد انقضاء أمرهما ستة، لانهما اما أن يحلفان أو ينكلان أو يحلف أحدهما دون الاخر ، وهذه الصور قد تكون بعد الدعوى على الثالث المقر أو قبلها، وحكم الكل يظهر بالتأمل .

كما يظهر أيضاً زيادة الاقسام بملاحظة حلف الثالث لهما أو نكوله كذلك أو الحلف لاحدهما والنكول للاخر . فتدبر .

وان اقر لاحدهما لاعلى التعيين ففي الحكم بالتنصيف أو القرعة وجهان بل قولان .

ويتفرع على الاول التحالف وعلى الثاني اختصاص الحلف عمن خرجت باسمه ، بمنزلة ذي اليد في كونه مالكاً الى أن يعلم خلافه ببينة أو نحوها مما هو ميزان للقضاء .

ومما ذكرنا ظهر الكلام فيما لو دفعهما معاً، فان الكلام فيه هو الكلام فيما لو تداعيا على عين مطروحة وان لم تكونا من باب واحد،لان الاولى داخلة في الدعوى بلامعارض، فانهما معاً مدعيان ولامعارض لهما، بخلاف الثانية فان دفع ذي اليد

اياهما معارضة . نعم لوقال ليست العين لي أو لاأعرف صاحبها احتمل كونه من باب الدعوى على مالايد عليه .

وكيف كان فان حلف كل منهما لصاحبه أونكلا فالحكم التنصيف والافهي للحالف . والله العالم .

القول فى تعارض البينات

التقـاط

[كيفية الجمع بين البينات المتعارضة]

اذا تعارضت البينتان فان أمكن الجمع بينهما بصرف الظاهر الى النص أو الاظهر جمع بينهما . وليس المراد به جمعهما في استكشاف مراد البينتين اذلامسرح له من كلام اثنين، بل المرادبه الجمع بينهما في استكشاف الواقع، كما اذاكان الجمع بين قوليهماممكناً في الواقع، بل أن يشهد أحدهما بالملك السابق والاخر بالملك الفعلي، فان الشهادة على الملك السابق انماتدل على الملك الاتي بالظهور لابالنص ، بخلاف الشهادة على الملك الفعلي .

وهكذا كل مايمكن الجمع بينهما ، مثل شهادة أحدهما بالملـك من اصل أو دليل وشهادة الاخر بما يبطل معه ذلك الاصل . وهذا مع وضوحه يدل عليه أيضاً بعض الاخبار :

ففي صحيحة ابي بصير قال :سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي

القوم فيدعي داراً في أيديهم ويقيم الذي في يده الدار أنه ورثها من أبيه لايدرى كيف أمرها . قال «ع» : أكثرهم بينة يستحلف ويدفع[١] .

وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء البينة بمثل ذلك. فقضى بها لأكثرهم بينة واستحلفهم . قال : فسألته حينئذ أرأيت ان كان الذي ادعى الدار . قال : ان أبا هذا الذي هو فيها قد أخذها بغير ثمن ولم يقم الذي هو فيها بينة الا أنه ورثها عن أبيه . قال : اذا كان أمرها هكذا فهي للذي ادعاها وأقام البينة عليها[٢] .

فقد دلت على تقدير النص أو الاظهر عند تعارض البينتان ، لانه في الحقيقة جمع بينهما على وجه يرتفع التعارض ، لان بينة ذي اليد انما تدل على الملك باعتبار حمل فعل مورثه على الصحيح وأخذ الظاهر يده على الدار . وأما بينة المدعي فهي صريحة في فساد يده وعدم كونها يد ملك ، ولذا قدمت على بينة ذي اليد .

لكن قد يشكل الامر في الرواية، بأن مصب السؤال في الصدر أيضاً من قبيل تعارض الظاهر والاظهر ، لان بينة ذي اليد ماشهدت الا بأن الدار من تركة أبيه بخلاف بينة المدعي فانها شهدت بالملك الفعلي له .

وهذا مما يمكن فيه الجمع، اذ لامنافاة بين كون الدار من تركة أبيه ظاهراً مع كونها مغصوبة أو مستأجرة أو نحوهما مما أبداه الراوي بسؤاله الثاني، فما وجه العمل بمقتضى التعارض في السؤال الاول .

الا أن يقال :ان شهادتهم على الارث شهادة على الملك الفعلي . وفيه : انها الشهادة بالملك عن سبب خاص، فلا منافاة بينه وبين مايقتضي فساد ذلك السبب

(١و٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢ .

كما أبداه الراوي بسؤاله الثاني ، فان هذا الاحتمال كان قائماً في دصب السؤال الاول أيضاً .

ثم انـه حكي عن بعض شراح الارشاد تقسيم الجميع الى قريب كما في المثال المتقدم والى بعيد ، كما لو شهد أحدهما بالبيع من زيـد غدوة ويشهد الاخر بالبيع من عمرو عشية ، فان الجمع بينهما ممكن على بعض الوجـوه البعيدة بامكان صدور البيعين ، بأن كان قدباع أولا من زيد ثم انتقل المبيع الى البائع ثانياً قبل العشية بسبب من الاسباب فباعه ثانياً من عمرو ، ولا بأس به اذا كان أمراً غير بعيد بحسب حال البائع .

[لو لم يمكن الجمع بين المتعارضين]

هذا كله مع امكان الجمع . وان امتنع فاما أن يتعارضان أو يتكاذبان على مايقضي به ظاهر عبارة القواعد وتقرير الفاضل في شرحه ، فانه قدس سره جعل التكاذب غير التعارض وجعل محل الكلام والنزاع هو الاخير ، أما الاول فحكم فيه بالتساقط .

والكلام تارة في الفرق بينهما ، وأخرى فيما حكم به من التساقط في خصوص التكاذب دون التعارض :

(أمـا الاول) فالظاهر ـ على مايستفاد من ظاهر تمثيله ـ هـو أن يكون منافاة قولي البينتين على القتل في وقت وتشهد الاخرى على الحياة في ذلـك الوقت ، فان العلم حاصل اجمالا بتعمد أحدهما في الكذب ، اذ القتل والحياة من الامور الحسية التي يندر وقوع الخطأ فيها . فلابد حينئذ أن يكون أحدهما كاذباً في اعتقاده .

ومثله مامثله في محكي الكشف من أن تشهد بينة على أن هذا الولد ولدته

هذه المرأة وتشهد أخرى بأنه بعينه ولدته امرأة أخرى ، فان العلم الاجمالي في مثله أيضاً حاصل بكذب أحدهما .

الأأن احتمال الخطأ في الثاني أمرممكن، وعلى هذا يعم التكاذب الصورتين ويكون المراد به كل ماعلم فيه بكذب احدى البينتين كذباً خبرياً اما من جهة التعمد أو من جهة الخطأ ويكون المراد بالتعارض حينئذ مالا يعلم ذلك فيه ، كما اذا شهدت احداهما بملكية العين لزيد وأخرى لعمرو ، اذ من المحتمل صدق كل منهما بحسب معتقدهما من دون أن يكون مخطئاً . بأن يكون مستند شهادة أحدهما شيئاً من أصل أو دليل ومستند الاخر من غيره . الا أن العمل بمقتضاهما لما كان ممتنعاً عدا من المتعارضين .

ومن هنا ظهر الفرق بين المتعارضين وبين مايمكن فيه الجمع ، بأن يكون احداهما ظاهراً بالمعنى المتقدم والاخرى أظهر .

(وأما الثاني) ـ أعني كون الحكم في المتكاذبين التساقط ليس الا ـ فهو يتجه فيما فرضه في القواعد ، أعني مثال القتل وكل ماهو مثله من الفروض ، لان التساقط عبارة عن فرض البينتين كالعدم ، وهو متعين في مثال القتل بعد عدم الترجيح أو عدم الاخذ به ، اذ لامسرح لاعمال كل من البينتين هنا في الجملة كما يدعيه الشيخ قدس سره ، ولا مجال أيضاً للقرعة كما لايخفى . فلابد من التساقط والعود الى الحالة الاولية ، أي حال عدم اقامة البينة رأساً فلاتحالف ومثله كل ماهو من باب المدعي والمنكر .

وأما مايرجع الى التداعي ـ كالمثال الذي أضافه في كشف اللثام الى مثال القواعد ـ ففيه مشكل . لان الوظيفة حينئذ الرجوع الى القرعة بعد العلم الاجمالي بكذب احداهما . فيتعين ماهو الحجة من البينتين بها .

ويمكن ارجاع مثال الكشف الى غير التداعي ، بأن تشهد احدى البينتين

بما ينافي شهادة الاخرى لابما يضاده . مثلا شهدت احداهما على ولادة امرأة معينة لولد معين في بلد معين في وقت كذلك وشهدت أخرى بأن هذه المرأة عقيمة من أول عمرها مثلا أو أنها في غير ذلك البلد في ذلك الوقت مثلا ، فحينئذ يكون الحكم بالتساقط متجهاً .

وكيف كان فلنتكلم في حكم تعارض البينتين :

التقاط

[تعارض البينة في الملك مع عدم امكان التوفيق]

اذا تعارض البينتان في ملكية العين على وجه لايمكن معه التوفيق بينهما فلا يخلو الحال عن أمور أربعة : لان العين اما أن تكون في يديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث ، أو لاتكون في يد أحد . فههنا مسائل :

(المسألة الاولى)
(أن تكون العين في أيديهما)

وحكم المسألة حينئذ القضاء بينهما نصفين بلا خلاف في ذلك على مافي المسالك ، وانما الخلاف في سببه .

فقيل بأن الوجه في ذلك تعارض البينتين وتساقطهما ، فيبقى يد كل منهما بالنسبة الى النصف المشاع قاضية بالملكية كما لو لم تكن بينة أصلا ، فان الحكم فيه التنصيف كما سبق في الالتقاط السابق وأنه لاجل اعمال السببين المتزاحمين بقدر الامكان كما قيل ، أو لاجل أن الايادي المجتمعة ليست دليلا على الملك عرفاً وشرعاً الا في النصف مثلا أو الثلث كما هو الحق .

وقيل ان الوجه هو ترجيح بينة كل منهما بالنسبة الى ما استولت عليه يده ،

أعني الاعتضاد باليد والقائها بالنسبة الى النصف الخارج ، بناءاً على ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج .

وقيل ان الوجه عكس ذلك ، وهو ترجيح كل منهما بالنسبة الى النصف الذي هو في يد صاحبه لاالنصف الذي في يده بناءاً على ترجيح بينة الخارج .

ولعل هذا هو المشهور ، والكلام في ذلك تارة في حقيقة الاقوال وأخرى في التحالف :

(أما الاول) فالظاهر أن القول المشهور ـ وهو الاخير ـ أقوى ، اذ الاول لا وجه له ، لان بينة ذي اليد ليست حجة بالنسبة الى مافي يده ، فبينة كل منهما حجة بالنسبة الى النصف الذي في يد صاحبه لا بالنسبة الى مافي يده. ولاتعارض بين البينتين بالنسبة الى النصف الخارج . والتساقط يتوقف على تعارض الحجتين .

والحاصل ان بينة كل منهما وان كانت معارضة بالنسبة الى الاخرى في مجموع مؤداهما الا أن حجيتهما بالنسبة الى بعض المؤدى ـ وهو النصف الخارج الذي تحت يد صاحبه ـ وفي هذا البعض لاتعارض بينهما كما لايخفى ، فيعمل ببينة كل منهما في المقدار الذي هي حجة فيه ، ويحكم بذلك بملكية كل منهما لما في يد صاحبه .

فالقول بالتساقط هنا ساقط عن الاعتبار ، سواء قلنا في تعارض بينة الداخل والخارج بالتساقط أو بترجيح بينة الداخل أو الخارج : أما على الاول فلما عرفت من أنه لاتعارض هنا بينهما فيما هما حجتان فيه . وأما على الاخير فواضح لان ترجيح بينة الداخل يقتضي المصير الى القول الثاني وترجيح بينة الخارج القول بالثالث ، فالتساقط لاوجه له .

نعم لو قلنا بأن بينة الداخل حجة شرعية مثل بينة الخارج كان القول

بالتساقط متجهاً ، لما ذكرنا مراراً أن الاصل في تعارض الامارات هو التوقف والتساقط . لكنه مبني ضعيف ، اذ الظاهر أن بينة الداخل ليست حجة شرعية .

وقولهم بترجيح بينة الداخل . مبني على التعبد بمادل عليه بعض الروايات وبترجيح بينة الخارج مبني على المسامحة ونسبة عدم الحجية بالمرجح نظرا الى تعارض البدوي .

والحاصل ان القول بالتساقط متجه لو بنينا أن بينة الداخل حجة شرعية مثل بينة الخارج ، والا فأي القولين في مسألة تعارض بينة الداخل والخارج أخذنا فلا وجه للقول بالتساقط هنا .

وأما على القول الثاني فلان مبنى ترجيح بينة الداخل على الخارج أحد أمور لايجري شيء منها في المقام :

أحدها ـ النص كما سيجيء ، وظاهر أن مورده مااذا كانت العين في يد أحدهما، ولا يمكن التعدي الى المقام لتنقيح المناط : أما أولا فلان هذا التفصيل ـ أعني ترجيح بينة الداخل اذا كانت في يد أحدهما لافي أيديهما ـ وارد في الاخبار فكيف يتعدى . وأما ثانياً فلان حكمة ترجيح بينة الداخل لعله الاعتضاد باليد ، وهو غير موجود فيما نحن فيه كما ستعرف .

وثانيها ـ الاعتضاد ، بأن يقال ان بينة الداخل مؤداها ومؤدى اليد واحد وهو ملكية ذي اليد ، فيحصل التعاضد ويقدم على بينة الخارج . وهذا أيضا لايجري في المقام :

أما أولا : فلان مؤدى اليد كون النصف هو مجموع ملك ذي اليد ومؤدى البينة كونه بعض ملكه، فلم يتحد مؤداهما حتى يحصل الاعتضاد . بخلاف مالو كانت العين بيد أحدهما . فان يده وبينته كليهما قاضيان بأن مجموع العين ملك لذي اليد ، فيحصل التعاضد لتطابق المؤديين . فتأمل .

وبعبارة أخرى : ان مقتضى مجموع اليدين كون كل واحد مالكاً للنصف بشرط لا ، أي بشرط عدم ملكية نصف الاخر ، فمقتضى يد كل منهما هو ملكية النصف منفرداً ومقتضى بينة كل واحد هي ملكية النصف بشرط الانضمام ، أي في ضمن المجموع . ومن الواضح أن ملكية النصف منفرداً غير ملكيته منضماً، فبين مدلول يد كل منهما وبينته تعارض وتناقض فكيف يحصل التعاضد .

والسر في ذلك ان الاخبار بملكية مجموع العين اخبار واحد بسيط لايقبل التبعيض في مدلوله من حيث الظن، فاذا يحصل من المعاضد الظن بالمجموع لم يحصل منه تقوية الظن في البعض أيضاً . فتدبر .

وأما ثانياً : فلان الجهة التي يحصل بسببها الاعتضاد بعينها يحصل بها التوهين أيضاً ، لان الاعتضاد انما حصل بسبب البينة ، والمفروض أن قضية البينة المعارضة عدم دلالة اليد على الملك .

الا أن يقال : ان لكل واحد من اليدين بالنسبة الى ملكية النصف جهة اعتضاد وجهة توهين ، فينظر الى الجهة المعاضدة ويؤخذ بها دون الجهة الموهنة .

وفيه : ان ذلك نظير اجتماع الامر والنهي، فان الجهة المعاضدة بعدمقابلتها بالجهة الموهنة تخرج عن جهة الاعتضاد ، فيد كل منهما وان كان يؤيدها ويعاضدها بينة صاحبها الا أنه يوهنها بينة الاخر ، فلا يحصل التعاضد . بخلاف مااذا كانت العين في يد أحدهما ، فان اليد فيه يعاضد للبينة ويؤيدها من غير معارضة .

وأما ثالثاً :فلان يد كل منهما وان كان يصدق البينة في النصف الا أنهامكذبة لها من جهة أخرى. لان قضية اليدين ليست الاالحكم بملكية كل منهما للنصف بشرط لا ، وهذا المعنى يكذب البينة ولو بالنسبة الى النصف أيضاً، لان مدلول

البينة ملكية الكل فالذي مدلوله النصف بشرط لامكذب لهما، لان ملكية النصف بشرط لاخلاف مايقضي به البينة ولو في النصف .

والفـرق بين هذا الوجه والاول هـو أن مبنى الاول على منع الاعتضاد ومبنى هذا الوجه على دعوى التوهين وأن كان ملاك كل من الوجهين واحد الا ان التوهين انما ندعيه من الوجه الذي ادعينا بسببه عدم الاعتضاد ، وهو تضاد مدلول اليد ومدلول البينة بالنسبة الى النصف . فليتدبر .

وثالثها ـ تعارض البينتين وبقاء يد الداخل سليمة عن المعارض ، فان هذا أحد وجوه تقديم بينة الداخل وان كان ضعيفاً .

وهذا قد عرفت ضعفه. لان قضية ذلك هو القول الاول أعني التساقط، وأما الثاني أعني التحالف فجملة الكلام فيه أن التحالف هنا لابد أن يعلل بأحد أمور:

الاول : النص ، وهو خبر اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة على أنها نتجت عنده، فأحلفهما علي «ع» فحلف واحد وأبى الاخر أن يحلف . فقضى بها للحالف(١) .

الثاني : التساقط . أي تساقط البينتين بعد تعارض خارج كل منهما بداخل الاخر بناءاً على حجية الداخل كبينة الخارج، كما يدل عليه ذيل الرواية المتقدمة قال بعد ماذكر فقيل له فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البينة . قال :أحلفهما فأيهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعاً جعلتهما بينهما نصفين قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة . قال : أقضي بهـا للحالف الذي هو في يده . فدل باستحلاف ذي اليد على حجية بينته مع بينة الخارج

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

وتساقطهما ، لان حلف ذي اليد ينافي عدم حجية بينته بعدكون المدعي قد أقام البينة فلابد أن يكون حجة .

ثم بعد ذلك يحكم بتساقط البينتين معاً، اذ مع ترجيح احدى البينتين أيضاً لاوجه لاحلاف ذي اليد ، لان الراجح انكان بينته استغنى عن اليمين، لان بينة المنكر على تقدير حجيتها وسماعها لايمين معها، وان كان الراجح بينة المدعي الخارج فلا وجه أيضاً لاحلاف المدعى عليه الداخل كما لايخفى . فاذا تساقطا فلابد في القضاء لكل منهما من التحليف ،كما لو تنازعا ولا بينة لاحدهما ،لان كلا منهما بالنسبة الى مافي يد الاخر مدعى له احلافه .

الثالث :الحكم بأن اليدين المجتمعتين فيحكم التساقط وعدم اليد رأساً، وهذا بناءاً على مامضى في الالتقاط السابق من عدمكون اليد على الكل مع الاشتراك دليلا على ملك النصف عرفاً وان اليد المشتركة بمنزلة السبب الذي يزاحمه غيره ، فان الاحلاف حينئذ يتجه أيضاً لو قلنا في تعارض البينتين على مالا يد لاحد عليه بالاحلاف ،كما يأتي في المسألة انشاء الله تعالى .

وهذه الوجوه الثلاثة كلها ضعيفة :

(أما الاول) فلان التعبد برواية غيرواضحة السند في مقابلة القواعد العامة ـ كقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مثلا ـ من غير عمل معتدبه كما ترى .

(وأما الثاني) فمع أن الاستدلال به مبني على عدم الفرق بين الدخول والخروج الحسيين والمعنويين ، لان العين كانت في أيديهما معاً فيكون كل منهما داخلا بالنسبة الى النصف وخارجاً بالنسبة الى النصف ـ كما هوالمختار ـ أمر معنوي اعتباري . والا فبحسب الظاهر كل منهما ذواليد وداخل فلاخارج .

فلابد في الاستدلال بذيل الرواية الواردة فيما اذا كان ذو اليـد أحدهما

خاصة على التساقط فيما اذا كانت في أيديهما من ادعاء مقدمة أخرى يمكن منعها[1] . وهي عدم الفرق بين الخروج الحتمي والحكمي ، معارض برواية منصور عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده ولم يبع ولم يهب . قال عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بينة ، ان الله عز وجل انما أمر أن يطلب البينة من المدعي فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده . هكذا أمر الله عز وجل .

لانها تدل على عدم قبول البينة من الداخل وعدم حجيتها حتى يعارض ببينة الخارج فيتساقطان ، فان رجحنا هذه الرواية والا فلابد من الرجوع الى مادل بعمومه على التنصيف في تعارض البينتين من غير تحالف أو الى قوله « البينة على المدعي واليمين على المنكر » ، حيث أن مقتضاه عدم التحالف أيضاً ، لان كلا منهما بالنسبة الى مافي يد صاحبه مدعي وله بينة ولا يمين معها .

فان قلت : قد بينت وفاقاً لغير واحد فيما تقدم أن البينة من المنكر مسموعة وأنها مسقطة ليمينه بناءاً على أن قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » لايدل على أزيد من رفع الزام المنكر بالبينة كالمدعي ، أما لان اللزوم المدلول عليه بكلمة « على » وارد في مقام توهم الكلفة ــ أي كلفة اقامة البينة على المنكر أيضا ــ أو لان المراد عدم قبول البينة من المنكر في جهة انكاره ونفيه ، فلا ينافي قبولها منه اذا ادعى أمراً ثبوتياً قابلا لاقامة البينة عليه . فرواية منصور على مابينت سابقاً لابد من الاعراض عنها .

قلت : قد بينا سابقاً على ماذكرت في غير مقام التعارض . بأن يكون المنكر

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١٤ .

مستطيعاً على اقامة البينة على أمر وجودي مستلزم لصدق قوله ، كما في مدعي الاعسار الذي هو منكر حقيقة ، وأما في مقام التعارض فلا . وقد نبهنا على ذلك هنالك أيضاً . وهو موافق للحكمة غالباً ، لان بينة المنكر اذا وقعت في مقابل بينة المدعي فغالباً تكون من قبيل وقوع الظاهر في مقابل الاظهر . لجواز اعتماد البينة على يد المنكر أو الاصل الذي به صار المنكر منكراً ، فمن أجل هذه الحكمة أمكن القول بالفرق بين صورة التعارض وغيرها .

ولا يقدح في ذلك عدم مجيء هذه الحكمة في بعض الصور ، كما اذا شهدت بينة المنكر بالملك مع الاستناد الى سبب آخر غير اليد ، لان الحكمة لايجب أن تكون مطردة .

والحاصل ان سماع بينة المنكر وكفايتها عن اليمين مع عدم المعارض ، وأما معه فالظاهر عدم حجيتها رأساً ، فلا يصغى بعد اقامة المدعي البينة الى قول المنكر أن له البينة . ولعل هذا مراد المشهور من تقديم بينة الخارج ، الا ما يقضي به ظاهره من الترجيح المبني على حجية الطرف المقابل .

(وأما الثالث) فلما ظهر سابقاً من أن اليد المشتركة في العرف والشرع دليل على ملكية النصف ، فلا وجه للحكم بتساقط اليدين وكون المسألة من باب تعارض البينتين على مالا يد لاحد عليه . فظهر مما ذكرنا أن المشهور ـ أعني عدم التحالف ـ هو المنصور . والله العالم .

المسألة الثانية

(ماذا كانت العين في يد أحدهما)

وصورها ثلاث : لانه اما أن يقيم البينة المدعي خاصة ، أو المنكر كذلك أو يقيمان معاً .

ولا اشكال في الصورة الاولى ، وأما الثانية ففي سماع بينة المنكر حينئـذ وجهان بل قولان قد تقدما من ظاهر قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ومن أن مطالبة اليمين من المنكر مبنية على الترفيه والتخفيف ودفع العسر ، فلا يدل على عدم القبول لو أقامها .

توضيح المقال : انه لاشبهة في أن مقتضى ظاهر قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بملاحظة تعريف المسند اليه في الفقرتين حصر جميع أفراد البينة في المدعي وجميع أفراد اليمين في المنكر ، أي كل بينة على المدعي وكل يمين على المنكر . وقضية ذلك عدم سماع البينـة من المنكر رأساً والا لانتقض الكلية الاولى .

الا أن هنا مايصرفه عن ظاهره الى ارادة نفي الالزام دون القبول ، فيكون الملحوظ في الكلية الاولى اللزوم دون القبول ، وذلك من وجهين :

أحدهما : ان الامر بالنسبة الى البينة أخف ، لان اقامة البينـة كلفة واضحة بخلاف اليمين ، وتعين الامر الاخف على شخص دون الاثقل لايفيد عرفاً سوى الترفيه والترخيص وعدم الالزام بالاثقل ، نظير الامر الوارد في مقام وهم الحظر وحينئذ يكون قوله « اليمين على المنكر » أن وظيفته التي لايسعه التخلف عنها هي اليمين . وأما أنه لو أقام البينة فهل يقبل منه أم لا ، فهو ساكت عنه ، فلابد فيه من الرجوع الى مادل على عموم حجية البينة .

والثاني : ان مدلول قـوله « اليمين على من أنكر » عـدم قبول البينة منه من حيث انكاره ، فلا يمنع ذلك عن قبولها منه من جهة أخرى راجعـة الى الاثبـات .

ويؤيده أن حكمة رفع البينة عن المنكر كون اقامة البينة على الانكار المحض عسراً ، كما يدل عليه تعليل مطالبة اليمين من المنكر في علل فضل بن شاذان

بأنه جاحد والجاحد لايستطيع على اقامة البينة . فاذا فرض دعوى المنكر أمراً وجودياً كان حاله كحال المدعي من حيث العسر واليسر ، فلا تجرى فيه تلك العلة بل يرجع فيه الى عمومات حجية البينة . وحينئذ فلابد من التصرف في ظاهر قوله عليه السلام « ولا أقبل من الذي في يده البينة » في رواية منصور المتقدمة بحمله على عدم القبول في صورة التعارض كما هو مورد تلك الرواية فدعوى عمومها لصورتي التعارض وعدمه موهونة بملاحظة ماذكرنا من الوجهين في معنى قوله عليه السلام « اليمين على من أنكر » فينزل قوله « ولا أقبل» في رواية منصور على صورة التعارض بارادة العهد من الموصول دون العموم .

(وأما الصورة الثالثة) فاختلف فيها من حيث الترجيح بالدخول والخروج مطلقاً أو التفصيل من حيث الاكثرية والاعدلية الى أقوال، وجملة القول فيه أن المرجحات المتصورة في تعارض بينة الداخل والخارج ثلاثة أو أربعة .

وليعلم أن المراد بالدخول والخروج موافقة كل أصل أو دليل شرعي ومخالفتهما، فليس المراد بالداخل خصوص ذي اليد وبالخارج خصوص غيره بل مايعم مدعي الصحة في العقد مثلا أيضاً .

الاول : من المرجحات النص، بأن ثبت من الاخبار تعبداً أنه اذا تعارضت البينتان قدم الداخل أو الخارج .

والثاني : احتمال أحدهما بعض المحامل الذي لايوجد في الاخر ، كما في صورة الشهادة على الملك المطلق ، فان فيه من الاحتمالات الغير المنافية لعدم الملك واقعاً ماليس في الشهادة عليه بالسبب المعين المحسوس . مثل أن يشهد أحدهما بالملك وسكت عن السبب ويشهد الاخر بسببه كالحيازة مثلا، فان هذه الشهادة بموجبها صريحة في الملك، بخلاف الاول فان الملك المطلق الذي

شهدت به البينة يحتمل كونها ظاهرية مستندة الى أصل أو أمارة، وهذا المرجح يجري مجرى المرجحات الدلالية في الاخبار .

والثالث : أن يكون احتمال الكذب الخبري في أحدهما أبعد منه في الاخر كاحتمال الكذب في خبر الاعدل فانه أبعد منه في خبر العادل ، وكذا الاكثر أو الاضبط أو نحوهما مما يوجب الترجيح بحسب الصدق والكذب الخبريين . وهذه تجري مجرى المرجحات السندية والمضمونية في الاخبار .

وهذه المرجحات الثلاث مرتبة، فمع وجود الاولى لايلتفت الى الاخيرين لان الحكم التعبدي في مورد التعارض هو المتبع كالتخيير أو ترجيح ماوافق الاحتياط في تعارض الاخبار على اختلاف المذاهب. ومع وجود الثاني لايلتفت الى الاخير أيضاً ، لان الاخذ بذلك المرجح حقيقة جمع عملي بين البينتين ، فان الاخذ بمقتضى مالا يحتمل الا الملكية الواقعية مثلا لاينافي فساد قول من يحتمل مع قوله عدم الملكية الواقعية .

اذا تحقق ذلك فنقول : مقتضى الاصل الاولي المستفاد من عموم مادل على حجية قول العدلين في الموضوعات أنه اذا تعارض بينة المدعي والمنكر كالتساقط ، لانه الثابت في الامارات والحجج الشرعية المتعارضة . لكنه في باب القضاء استفدنا من أدلة هذا الباب أن بينة المدعي علة تامة في اثبات الحق على المنكر بحيث اذا كان له بينة فلا يلتفت بعد ذلك الى شيء آخر حتى السلامة عن المعارض .

وبعبارة أخرى : يستفاد منها أن بينة المدعي بالنسبة الى اثبات الحق على المنكر ليست كسائر الحجج القابلة للمعارضة . بأن تكون مقتضية لاثبات الحق بل هي علة تامة يترتب على مجرد وجودها ثبوت الحق على المنكر . وهذه الاستفادة من وجوه :

أحدها : ظاهر الاخبار الناطقة بأنه اذا أقام المدعي البينة قضي له[١] . فانها باطلاقها تدل على عدم ايقاف الحكم لاحتمال قيام المنكر أيضاً ببينته والنظر من ترجيح أحدهما على الاخر . وهذه بين قولي وفعلي وظاهر وأظهر كما لايخفى على المتتبع .

وثانيها : قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بأربعة »[٢] . فان ظاهره ولو بمعونة وروده في مقام اعطاء الميزان كون كل واحد من الاربعة علة تامة لايترقب مع وجود أحدها وجود شيء آخر حتى السلامة عن المعارض في القضاء .

وثالثها : رواية منصور المتقدمة[٣] . دلت بصريحها على عدم قبول البينة من الذي في يده العين .

ورابعها : قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[٤] بضميمة قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[٥] وقوله « احكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة . ويمين قاطعة . وسنة جارية »[٦] ونحوها مما دل على أن كل واحد من البينة والايمان علة تامة للقضاء . فاذا استفدنا منها كون كل واحد منها علة تامة ثم استفدنا من قوله عليه السلام « البينة على المدعي » أن المطالب بالبينة هو المدعي استفدنا عدم احتياج المدعي بعد اقامة البينة الى شيء آخر في اثبات الحق على المنكر حتى السلامة عن المعارض . نعم يحتاج الى تعديل

(١) الوسائل ج١٨ ب٢و٣ من ابواب كيفية الحكم .
(٢) الوسائل ج١٨ ب٧ من ابواب كيفية الحكم ح٤ .
(٣) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١٤ .
(٤) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح١ .
(٥) الوسائل ج١٨ ب٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .
(٦) الوسائل ج١٨ ب١ من ابواب كيفية الحكم ح٦ .

بينته للجهل بحالها ، لكنه أمر يتحقق به موضوع البينة وليس أمراً زائداً عليها يحتاج اليه المدعي .

فان قلت : مقتضى جميع ماذكرت كون يمين المنكر أيضاً علة تامة ، ومن الواضح أنه لايجتمع عليتها وعلية البينة للمدعى ، لاستحالة اجتماع علتي الحكمين المتناقضين، فينكشف من ذلك كون كل واحد من البينة واليمين مقتضياً للحكم لاعلة ، لان الجمع بين مقتضى المتناقضين أمر ممكن .

قلنا : هذا انما يتجه اذا كان مرتبة اليمين في مرتبة البينة ، وأما اذا كانتا مترتبتين ـ بأن كانت مرتبة أحدهما بعد عدم الاخر كمرتبة اليمين بالنسبة الى مرتبة البينة حيث قضت الضرورة بعدم كون اليمين ميزاناً مع بينة المدعي ـ فلا استحالة في كون كل واحد منهما علة تامة للقضاء في مورده وموضع استعماله .

فان قلت : قد بنيت على أن بينة المنكر مع عدم المعارض أيضاً حجة مسموعة مغنية عن اليمين ، وهذا البناء يستلزم البناء على كون بينة المدعي مقتضية لاعلة تامة ، لان موازين القضاء كلها من باب واحد من حيث كونها علة أو مقتضية ، ويستحيل اجتماع العلتين لامرين متناقضين الاعلى وجه الترتيب ، والقدر المسلم انما هو الترتيب بين يمين المنكر وبينة المدعي ، وأما الترتيب بين بينته وبينة المدعي فهو أول الكلام ، وحينئذ لابد من حمل الموازين على كونها مقتضية لاعلة .

قلت : يثبت الترتيب بينهما أيضاً بملاحظة ظهور ماذكرنا في كون بينة المدعي علة تامة وعدم ظهور دليل قبول البينة من المنكر الا في كونها مقتضية، وذلك لان ذلك الدليل ليس سوى عمومات حجية قول العدلين، ومن الواضح عدم دلالته الاعلى كون قولهما مقتضياً قابلا للمعارضة. فاذا لاحظنا ذلك ولاحظنا

ظهور أدلة حجية بينة المدعي في كونها علة تامة حصل من هاتين الملاحظتين تأخر رتبة بينة المنكر عن بينة المدعي، فلا تسمع الا بعد أن لم تكن للمدعي بينة.

وبالجملة قد استفدنا من باب القضاء أن بينة المدعي بالنسبة الى اثبات الحق على المنكر علة تامة ، وهذه الاستفادة أمر زائد على مايقضي بـه عموم حجية البينة ، فانه لايفيد سوى كونه مقتضياً قابلا للمعارضة .

وقضيـة هذه الاستفادة تقديم بينـة المدعي على بينة المنكـر في صورة المعارضـة ، لان الدليل على حجية بينة المنكر على القول به لايزيد مـؤداه على كونها حجة مع عدم المعارضة ، كما هو الشأن في جميع أدلة الامارات ، فانها انما تدل على حجتها الفعلية مع عدم المعارضة ، فلا يقاوم بينة المدعي التي ثبت كونها حجة مطلقاً .

فان قلت : لو كان بينة المدعي حجة فعلية مطلقاً ـ أي علة تامة للقضاء ـ لم يتصور تعارض البينتين في التداعي مثلا ، مع أن بطلان التالي واضح .

قلت : يمكن أن يقال انا استفدنا من أدلة القضاء كونها حجة فعلية وعلـة تامة بالنسبة الى ثبوت الحق على المنكر خاصة ، فيختص حينئذ بمـا اذا كان المقام من مقام المدعي والمنكر لا من مقام التداعي، لانه الذي يستفاد من المأثور قولا وفعلا .

ثم لايذهب عليك أن الادلـة الفعلية ليست محتملة في الباب حتى يمنـع دلالتها على المدعي الاستدلال ، فاذا حكم الصادق عليـه السلام وذكر قضية من الرسول صلى الله عليه وآله أو من الامير عليه السلام في مقام الاستدلال على ذلك والاستشهاد له ، كان جميع ما في تلك القضية من الاطلاق والتقييد حجة كالقول .

مضافاً الى أن سياق الروايـات الحاكية عن قضايا الرسول صلى الله عليه

وآله مثل مايقرب معني من أنه كان رسول الله « ص » اذا اختصم اليه رجلان يقول للمدعي : ألك بينة ؟ فان قال نعم قضى بها وان قال لاأحلف المنكر[1] . وما أشبهها وسائر مابها من خصوصيات التعبير، ربما يفيد العلم لو لم يفد الظن بأن المدعي مع اقامة البينة يقضي وليس للحاكم بعدها حالة منتظرة أخرى كالسلامة عن المعارض ونحوها. هذه قضية القاعدة مع قطع النظر عن الروايات الواردة في المسألة .

وأما الروايات : فمنها مايدل على تقديم بينة الخارج أيضاً . مثل رواية منصور المتقدمة[2] ، ودونها في الدلالة المرسل المروي في كشف اللثام عن الامير عليه السلام . ومنها مايدل على تقديم بينة الداخل ، وهي رواية جابر عن فعل النبي «ص» ورواية غياث بن ابراهيم . ومنها مايدل على ترجيح الاكثر كخبر أبي بصير المتقدم .

وهذه الروايات من حيث السند كلها غير نقية . وليس في بعضها ترجيح على الاخر ترجيحاً يمكن الركون اليه، الا أن مادل على ترجيح الخارج أظهر من حيث الدلالة من الباقي ، لان رواية منصور صريحة في عدم قبول البينة من ذي اليد اما مطلقاً أو مع وجود المعارض . وأما روايتا جابر وغياث فهما حاكيتان عن الفعل ، وهو على تقدير اعتباره لايقاوم دلالة القول . وأما رواية أبي بصير ففي صدرها اضطراب قد سبق اليه الاشارة ، لانه من مواضع الجمع لامن مواضع الترجيح، فلم يبق الا الذيل. وعلى أي حال فرواية منصور أظهر دلالة من الكل .

ثم ان النسبة بينها تباين كلي كما لايخفى ، فعلى تقدير التخيير لم يبطل

(١) الوسائل ج١٨ ب٦ من أبواب كيفية الحكم ح١ .
(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح١٤ .

أيضاً مافي رواية منصور ، وكذا على تقدير التساقط ، لما عرفت من القاعدة المطابقة لمضمونها .

وأما روايات القرعة فلا عامل بها عملا معتداً به .

ثم ان ماقويناه من تقديم بينة الخارج لااشكال فيه في صور ثلاث ، وهي أن يشهد كل من البينتين بالملك المطلق أوبالملك المسبب أوشهد بينة الخارج بالمسبب والداخل بالمطلق . وان كان الحكم في الاول والثالث أظهر منه في الثاني ، لنهوض جميع مااستدللنا به على ترجيح بينة الخارج في تلك الصور خصوصاً الثاني الذي هو مورد رواية منصور .

لايقال : تقديم بينة الخارج في الثانية وان نطق به رواية منصور الأانه بعيد عن الاعتبار وعما يقضي به النظر في القواعد العامة ، لان بينة الداخل بعد أن كانت حجة في نفسها وشهدت بالملك المسبب كانت في رتبة بينة الخارج في القوة مضافاً الى اعتضادها باليد . فتقديم بينة الخارج حينئذ تعبداً محضاً لمضمون رواية منصور أمر مشكل .

قلت : لااشكال فيه بعد ماعرفت من اعتضاد مضمون تلك الرواية بما يدل عليه قوله « البينة على المدعي » وقوله « انما أقضي بينكم » ونحوها مما مر من كون بينة المدعي علة تامة غير قابلة للمعارضة أصلا . وليس ذلك أمراً تعبدياً محضاً بل عليه بناء العرف أيضاً ، لان صاحب الحق بعد أن كان له طريق الى التوصل الى حقه باقامة الحجة فلامعنى لتعطيل حقه باعتبار جعل حجته معارضة لحجة من عليه الحق .

والحاصل ان الحجج الشرعية والعرفية انما شرعت ووضعت للتوصل الى الحقوق . فلابد من كفايتها بذلك المهم صوناً للحقوق عن الضياع . وأما من عليه الحق فليس له حق حتى يصغى الى حجته في مقابلة حجة المدعي . وغاية

مايقضي به عموم مادل على حجية البينة سماعها ممن عليه الحق اذا لم يكن لصاحبه حجة على ثبوته ، واما في مقابل حجته فلا .

وأما اذا شهدت بينة الخارج بالملك المطلق وبينة الداخل بالملك المسبب ففي تقديم بينة الخارج أيضاً اشكال ، من عموم ماستدللنا به على تقديم بينة الخارج وكونها علة تامة حتى رواية منصور باعتبار عموم مافيها من التعليل ، ومن أن تقديم بينة الداخل في هذه الصور .

ربما يقال انه جمع بينهما لاترجيح ، لان الملك المطلق يحتمل احتمالات لايحتمل الملك المقيد المستند الى سبب خاص بحيث يوجد من بين تلك الاحتمالات احتمال أو احتمالات لو حملت الشهادة عليه لم تكن منافية لشهادة بينة الداخل على الملك المقيد .

مثلا : اذا شهدت بينة ذي اليد على الشراء من زيد المدعي وشهدت بينة على الملك المطلق كان العمل بشهادة بينة الداخل أوثق وأقرب بالواقع وأدخل في وجوب العمل بالبينات ، لان كل واحدة من البينتين متساوية في الاحتمالات النافية للواقع الراجع الى صفات البينة من حيث تعمد الكذب أو الخطأ أو النسيان أو نحوهما . وتزيد بينة الخارج على بينة الداخل بأن فيها احتمال الاستناد الى استصحاب وليس في بينة الداخل هذا الاحتمال. وأما احتمال الفسخ بعد الشراء فهو معارض باحتمال الشراء بعد الفسخ أيضاً .

والحاصل ان الشهادة بالملك المطلق وان كانت حجة شرعية في اثباته مالم يعلم باستناده الى مالا يعارض اليد وان احتمل ذلك الاأنه اذا وقع التعارض بينها وبين الشهادة بالملك المقيد السالم عن ذلك الاحتمال ، فمقتضى الجمع هو تقديم الشهادة على الملك المقيد .

والدليل على هذا الجمع هو عموم أدلة حجية البينة ، فان مقتضى ذلك

العمـل بمقتضى البينة الصريحة ، فان العمل بها ليس تكذيباً للبينـة الظاهرة ، بخلاف العكس فان العمل بالبينة الظاهرة تكذيب للعمل بالبينة الصريحة .

وهذا غير مستبعد من بناء الفقهاء أيضاً ، بل الظاهر أن بناءهـم على ذلك حيثمـا يتعارض البينتان واحتمل في احداهما مالا يحتمل في الاخرى ، فانهـم يقدمون الغير المحتمل فيه كمـا يأتي انشاء الله بعض الاشارة اليه عند اختلاف البينتين في الملك بالقدم والحدوث .

وهذا الجمع هو الذي جعلناه القسم الثاني من أقسام الترجيح فيما سبق ، فانه ترجيح من وجه وجمع من آخر .

ولا يبعد دعوى بناء العقلاء على مثل هـذا الجمع أيضاً في الموارد التي تتعارض فيها الامارات العرفية خصوصاً البينات ، فان لـم نقل به فلا اشكال في تقديـم بينة الخارج في هذه الصورة الرابعة أيضاً . وأما ان قلنا بذلك وأنـه القاعدة في تعارض البينات نظير الجمع فيما اذا صرح احـدى البينتين بسبب لاينافي تصديقه في ذلك تصديق البينة الاخرى كالملك القديم والجديد ، فـلا شبهة في تقديمه على الترجيح بالمرجحات الناظرة الى صدق الشهود وكذبهم أعني مطابقة قولهم للواقع ومخالفته له كالاعدلية والاوثقية والاكثرية وأضرابها اذا لم نعول في الترجيح بها على التعبد بالاخبار .

وأما تقديمه على الترجيح بالخروج ، ففيه تفصيل ، وهو أنه لو بنينا على ترجيح بينة الداخل فلا اشكال وان بنينا على ترجيح بينة الخارج فهذا يحتمل أن يكون لاحد أمور أشرنا اليها : أحدها أن يكون وجه التقديم هو عدم حجية بينة المنكر راساً مطلقاً . والثاني أن يكون الوجه عدم اعتبارها اذا كان المدعي بينة على دعواه، نظير عدم اعتبار الشاهد واليمين في مقابل البينة . والثالث أن يكون الوجه عدم اعتبارها عند وقوع المعارضة بينها وبين بينة المدعي .

والفرق بينه وبين سابقه أن عدم بينة المدعي على الاول شرط لاجعل حجية بينة الداخل شأناً ، وعلى هذا التقدير شرط الحجية فعلا ، فان كان الوجه هو الاول أو الثاني وجب في هذه الصورة ترجيح بينة الخارج أيضاً ، وان كان الوجه هو الثالث كان الترجيح لبينة الداخل ، لان بينة الداخل حجة اذا لم يعارضها المدعي ، وقد ظهر أنه في المقام لامعارضة بينهما حقيقة .

والذي استظهرنا من الادلة هو بطلان الوجه الاول ، أعني عدم كون بينة الداخل حجة مطلقاً حتى مع عدم بينة للمدعي . وأما الوجهان الاخران فقد يقال بسكوت الادلة التي استظهرنا عنها ماقوينا ، أعني كون بينة المدعي علة تامة غير صالحة للمعارضة عن تعيين أحدهما ، لان عمدة تلك رواية منصور ولاظهور لها في أن عدم قبول البينة من الذي في يده المال المدعى به لامن الوجهين المذكورين .

فعلى الفقيه امعان النظر واختيار الراجح ، فان لم يترجح في نظره شيء منهما فليرجع الى عموم أدلة حجية البينة ، ومقتضاه حجية بينة الداخل في الصورة المفروضة ، لماحققنا من كون العمل بها حينئذ جمعاً عملياً للفقيه ، فلا يصار الى ترجيح بينة الخارج لكونه طرحاً لبينة الداخل من غير سبب .

فان قلت : قد استظهرت من الادلة كون بينة المدعي علة تامة لثبوت حقه على المنكر ، وهو عام يتناول صورة المعارضة وعدمها .

قلنا : تلك الادلة بين الادلة الفعلية التي لاعموم فيها ، مثل المأثور عن النبي والوصي عليهما الصلاة والسلام لمجرد اقامة المدعي البينة وعدم انتظار شيء آخر وبين القولية ، وأقواها دلالة رواية منصور المتقدمة بمواضع أربعة : الاول قوله « حقها للمدعي » ، والثاني قوله « لاأقبل من الذي في يده بينة » ، والثالث قوله « لان الله تعالى أمر أن يطلب البينة من المدعي » ، والرابع قوله

« والا فيمين الذي هي في يده » . دلت بهذه المواضع منطوقاً ومفهوماً تصريحاً وتلويحاً على عدم سماع البينة من ذي اليد مطلقاً أو في مقابل بينة المدعي مطلقاً، سواء كان الجمع بينهما ولو عملا أمراً ممكناً أم لا، بأن تكونا متعارضتين.

لكن في دلالة الكل على هذا الاطلاق نظراً :

(أما الاول) فلاحتمال رجوع ضمير «حقها» الى الشاة لا الى البينة، وعليه فلاربط لها بالمدعى، وعلى تقدير رجوعها الى البينة ـ كما هو مبنى الاستدلال ـ لم يدل على انحصار حق البينة في المدعى الا في مورد الرواية أو في مثله مما يكون شهادة كل من البينتين فيه بالملك المقيد على وجه موجب لتعارضهما ، لا في مثل مانحن فيه الذي عرفت أن البينتين فيه غير متعارضتين .

وبذلك يجاب عن الثاني أيضاً .

(وأما الثالث) فلا دلالة فيها الا على عدم مطالبة البينة من المنكر ، وأما عدم القبول فلا. ولو سلم الدلالة عليه أيضاً ـ بقرينة وقوعه تعليلا لقوله «لاأقبل» ـ ففيه ماعرفت من اختصاص نفي القبول بمورد المعارضة الذي هو موردالرواية.

فان قلت : قوله عليه السلام «فان الله أمر أن يطلب البينة من المدعي» وقع علة لقوله « لا أقبل » ، ولايصح دعوى اختصاص العلة بالمورد والا لغى التعليل فعموم العلة قاض بعدم قبولها من المنكر مطلقاً .

قلت : لو سلم ذلك أمكن أن يدعى معنى قوله عليه السلام « ان الله أمر » الخ ، هو أن الله جعل البينة التي هي حجة تامة غير قابلة للمعارضة للمدعي ولم يجعلها للمنكر ، وعدم كون البينة حجة تامة للمنكر لاينافي كونها حجة غير تامة له ، بمعنى كونها في حقه قابلة للمعارضة ، فيستدل على اعتبارها في حقه بعموم مادل على حجية البينة، وقضية ذلك العمل بها مع عدم المعارضة كما فيما نحن فيه.

(وأما الرابع) فالجواب عنه ان الزام اليمين على المنكر بعد فقد بينة

المدعي انما سيق لرفع الالزام بالبينة التي قد ركزت في أذهان الناس مطالبته من كل صاحب دعوة واقعية مثبتاً كان أو نافياً ، كما اشتهر عند العلماء أن النافي والمثبت كليهما محتاجان الى الدليل ، فلا يفيد سوى رفع مشقة البينة عن المنكر .

وهذا مثل ماقلنا في حديث « البينة على المدعي واليمين على المنكر » في رد توهم من زعم أن قضية التفصيل عدم كون وظيفة المنكر الا اليمين ، من أن الفقرة الثانية نظير الامر الوارد في مقام توهم الحظر لايفيد سوى الرخصة والترفيه .

فان قلت : اذا مضت عموم رواية منصور وسائر الأدلة ، فبما ذا تستدل على عموم الحكم للصور الثلاث المذكورة مع أن صورتين منها خارجتان عن مورد رواية منصور .

قلنا : نستدل بالمناط القطعي ، اذ بعد تقديم بينة الخارج على بينة الداخل في صورة كونهما مسببين يعلم تقديمها عليها في المطلقين ، وفي كون صورة كون الداخل مطلقاً والخارج مقيداً بالمناط أو بالفحوى ـ فافهم .

فظهر أن ماذهب اليه الأكثر في الصورة الرابعة من تقديم بينة الداخل لايخلو عن قوة . والله العالم .

فروع تظهر في تنبيهات

(الاول) انه قد سبق الاشارة الى أن المراد بالداخل ليس هو خصوص ذى اليد ، كما قد يوهمه المحكي عن التحرير والمبسوط ، بل يتناول كل من يصدق عليه المنكر بموافقة أصل أو أمارة شرعيين .

ويفصح عن ذلك تصريحاتهم في مسائل التنازع من كل باب ، ففي باب

الاجارة ذكروا أنه لو اختلف المؤجر والمستأجر في زيادة الاجرة ونقصانها وأقام كل منهما بينة بني على مسألة تعارض بينة الداخل والخارج، وكذا ذكروا فيمااذا تنازع البائع والمشتري في صحة البيع وفساده وأقام كل منهما بينة أنه يبنى على تلك المسألة .

(الثاني) لو أقام الداخل البينة بعدقضاء الحاكم للخارج ببينته وتسليم الحق اليه ، كما لو ادعى زيد عيناً في يد عمرو وأقام عليها البينة فقضى له وسلمت العين اليه ثم أقام عمرو بينة على أنها له . فقد اختلف فيه على قولين : أحدهما ما عن الشيخ من نقض القضاء واعادة العين الى عمرو في المثال ، والثاني مااختاره في الشرائع بعد نقل مذهب الشيخ من عدم النقض وابقائها في يد زيد.

وليس في كلام هؤلاء تعرض لحال مااذا كانت اقامة البينة قبل ازالة يد الداخل وهو عمرو في المثال المذكور ، وقد صرح الشهيد « ره » في القواعد بنقض القضاء حينئذ وابقاء العين في يد عمرو نظراً الى بقاء اليد حساً ، وهو المحكي عن التحرير . وربما يقضي به ظاهر هؤلاء أيضاً ، نظراً الى ما في كلامهم من مفهوم القيد ، أي قيد « بعد زوال اليد » .

ثم ان البينة اماأن تصرح بحدوث ملكية العين بعدالقضاء عنداحتمال تجددها بعده ، أو تصرح بالملكية قبل القضاء ، أو تطلق في الشهادة .

ولا اشكال في القسم الاول ، لانه لامانع فيه من سماع دعوى الداخل حينئذ للملكية ولامن سماع بينته والحكم بعد فرض عدم معارضة بينته لما أقامه الخارج من البينة .

كما لاينبغي الاشكال في سماعها على الثالث، لان احتمال تجدد الملك كاف في سماع الامرين ، وانما يظهر من المسالك دخوله تحت محل النزاع أيضاً ، والظاهر انه ليس كذلك .

فبقي الاحتمال الثاني لان القضاء فيه للداخل لايخلو عن اشكال ، وعليه فنقول : ان اقامة البينة اما أن تكون قبل ازالة يد الداخل عن العين أو بعدها ، وعلى التقديرين فالبحث في هذه المسألة انما يتفرع ويتعقل على القول بتقديم بينة الداخل في المسألة المتقدمة ، وأما على القول بتقديم الخارج فالظاهر سقوط هذا الفرع رأساً ، بمعنى تعين عدم النقض وابقاء العين في يد المدعي لو كانت مسلمة اليه ، خلافاً لصاحب المسالك « ره » ، فانه بنى المسألة في مفروض كلام المحقق «ره» ، أعني ماذا كانت اقامة البينة بعد ازالة يد الداخل عن العين على المسألة السابقة ، أعني تقديم بينة الخارج أو الداخل وان العبرة بالدخول والخروج حال ملك المدعي أو حال اقامة البينة وحال التعارض .

فان بنى على تقديم بينة الخارج وان العبرة في الخروج بحال ارادة البينة نقض الحكم وحكم بهالعمرو لانه حال اقامة البينة خارج باعتبار اقتضاء القضاء صيرورة زيد داخلا ، وكذا لو بنى على تقديم بينة الداخل وجعل العبرة فيه بحال الملك لان عمرو في حال الملك الذي يدعيه كان داخلا وان صار بسبب القضاء خارجاً والا لم ينقض الحكم وأقرت العين في يد زيد .

والظاهر أن ماذكره ليس على ماينبغي ، اذ على القول بتقديم بينة الخارج لايعقل انقلاب الداخل خارجاً بنفس تقديم الخارج ، لانه من باب استلزام وجود الشيء وعدمه ، وهو دور محال ، بل ربما يتسلسل . فانه اذا قضى للخارج ببينة صار ذلك سبباً لصيرورة الداخل المحكوم عليه خارجاً ، فاذا سمع بينته وقضى له انعكس الامر ، وهكذا الى الدورة الثانية والثالثة .

نعم ماذكره صحيح في الاحتمال الاول ، أعني ماذا شهدت البينة بالملك المتجدد بعد القضاء للاول ، وكذا في الاحتمال الثالث ، أعني صورة الاطلاق كما هو الاظهر . وأما الاحتمال الثاني الذي نتكلم فيه ـ وهو ما اذا صرحت

البينة بالملك قبل القضاء وقبل ازالة اليد ـ فلا يعقل أن يكون القضاء للخارج حينئذ سبباً لانقلاب الداخل خارجاً مقدماً ببينته على بينة المدعي .

كيف وثمرة القضاء للخارج انفصال الخصومة وعدم الاصغاء الى بينة الداخل في حال القضاء ، فلو بنى على أن هذا القضاء الواقع للخارج قضاء عليه فلا يكون قضاءاً له ، وهو خلف بين وكلام هين .

بل التحقيق أن البحث في هذا الفرع انما يتم على القول بتقديم بينة الداخل ، وهو الذي يظهر أيضاً من محكي شرح الارشاد لابن فهد ، حيث أنه بعد ماأشار الى مافي المسألة من الاحتمالات من حيث القول بتقديم بينة الخارج أو الداخل وكون المناط بالدخول والخروج هو الدخول والخروج في حال الدعوى أو في حال اقامة البينة ، قال : ان نقض القضاء واعادة العين انما يتم على القول بتقديم بينة الداخل وكون العبرة بالدخول في حال الدعوى التي سماهافي المسالك بحال الملك . وعليه فمبنى المسألة ماأشار اليه الشهيد في القواعد من أن يد الداخل انما أزيلت لفقد البينة فبعد وجودها لابد من عودها ، ومن أن القضاء لاينتقض الا بقطعي .

توضيحه : ان الحكم ببينة المدعي حكم تعليقي مراعى بعدم اقامة المدعى عليه بينة معارضة لبينته بناءاً على هذا القول ـ أعني تقديم بينة الداخل عند التعارض ـ فاذا أقام المدعي بينة ولم يظهر الحاكم بينة معارضة لهاتشهد للداخل كان حكم الحاكم على طبقها حينئذ حكماً تعليقياً، لان العمل بكل أصل أو أمارة معلق ومشروط ، بأن لايكون لها معارض واقعاً . فلابد من احراز ذلك الشرط اما بالعلم والوجدان فيقع الحكم على طبقه حينئذ منجزاً أو بالاتكال على الاصل فيكون حينئذ حكماً ظاهرياً معلقاً في الواقع على انتفاء المعارض لميزان

ذلك الحكم ، بحيث اذا ظهر مخالفة الاصل للواقع وتبين وجـود المعارض انتفى الحكم جداً .

وهـذا ليس نقضاً للحكم بل انتقاضـاً ، لان استعداد الحكم للبقاء يتبـع استعداد ميزانه ، فان كان ميزانه منجزاً من حيث الوجـود ومن حيث الاعتبار مثل بينـة الخارج اذا شهدت بالملـك المسبب على القول بتقديم بينته عنـد التعارض مع بينـة الداخل مطلقاً وقع الحكم أيضاً منجزاً ، فـلا ينتقض الا بقاطـع .

وأما اذا كان في ميزانه تعليق اما من حيث الوجود مثل البينـة التي تشهد اتكالا بالاستصحاب أو من حيث الاعتبار مثـل بينة الخارج على القول الاخر ـ أعني تقديم بينة الداخل ـ وقع الحكم معلقاً اذا كان ميزانه بحسب الظاهر سليماً عن المعارض أوالوارد، ويراعى الى ظهورالوارد لوكان التعليق فيأصل وجودها مثل مااذا كان مستنداً بالاستصحاب ، ولـذا يسمع البينة عن المحكوم عليه بالدين لو ادعى الابراء أو الى ظهور المعارض لو كان التعليق في اعتبارها لافي وجودها مثل بينة الخارج على هـذا القول . فاذا ظهر مايبطل أثر البينـة بأحد الوجهين انتقض الحكم بنفسه ، وليس هذا القضاء مجمعاً على بطلانه الا بقطعي .

هذا وجه انتقاض الحكم وعود العين الى يد عمرو، وأما وجه عدم الانتقاض فهو الذي يظهر في بادي الرأي من أن القضاء اذا وقع وقع مستداماً . ولاشبهة في وقوع القضاء للخارج فلا ينتقض بعده بالبينة .

فان قلت : على ماذكرت لايقع القضاء أبداً الا معلقاً ، لان كل بينة يقيمهـا المدعي يحتمل ظهور المعارض له بعد القضاء ولو من غير الداخل ، لاحتمال معارضتها ببينة خارج آخر مثله ، فقولك ان بينة الخارج ـ على القول بتقديم

ماليس فيها تعليق ـ باطل ، لان التعليق ثابت ولـو بالقياس الى ظهور معارض لها من خارج آخر ، فأين قولهم لاينقض القضاء الا بقطعي وفي أي مورد يقال ذلـك .

قلت : ليس الامر كذلك بالنسبـة الى بينة خارج آخر ، لان بينة أحـد الخارجين بالنسبة الى بينة الاخر يعد من المعارض ، وأما بينة الداخل بالنسبة الى بينة الخارج فهي بمنزلة الدليل بالنسبة الى الاصل على القـول بتقديمها .

ولا نقـول بالتعليق الا في القسم الثاني ، لان القول بـه في القسم الاول ـ أعني التعليق بعدم وجود المعارض ـ ينجر الى نحو تسلسل ، من حيث أن اعتبار أحد المتعارضين ليس معلقاً علىانتفاء مطلق المعارض حتى يرتفعاعتباره بمجرد ظهور المعارض كما في القسم الثاني بل على انتفاء معارض أقوى .

فاذا ظهر معارض أقوى كان الحكم بتقديمه أيضاً تعليقياً مراعى بعدم ظهور الاقوائية في الاول ، لان ذلك أمر ممكن ، بأن ينضم الى ذلـك الدليل الاول بعد ظهور المعارض الاقوى بعض مـايوجب انقلاب الاقوائيـة من المرجحات كالكثرة مثلا فانها مما أمكن أن تزيد شيئاً فشيئاً يوماً فيوماً ، ثم بعد ظهور ذلك المرجح وانقلاب الاقوائية يكون تقديمه أيضاً تعليقياً مراعى بعدم تجدد القـوة لمعارضه فيما بعد ، وهكذا هلم جرا .

فاضطررنا في باب القضاء أن نجعل العبرة بوجود المعارض وعدمـه حين قيام الحجة وحال القضاء وعدم الالتفات الى احتمال وجوده واقعاً وظهوره فيما بعد والا لاختـل باب القضاء ولا يترتب عليه أثره المقصود . فلابـد من وقوع القضاء منجزاً حيثما يقع وعدم كونه معلقاً ومراعى الى ظهور وجود المعارض.

نعم ماذكرت من كون العمل بالدليل دائماً تعليقياً حـق في الاحكام ، حتى انه لو اتفق في يوم واحد ظهور المعارض بعد عدم ظهوره في حال العمل ألف

مرة انتقض العمل كذلك ولاضير فيه ، وأما في باب القضاء فليس يمكن الالتزام بتعليقية القضاء مطلقاً حتى بالقياس الى ظهور المعارض الذي يكون نسبتـه الى ميزان القضاء كنسبة أحد الدليلين المتعارضين بالنسبة الى الاخر .

نعم لاضير في الالتزام به بالنسبة الى القسم الاول من المعارض ، أعني ما كان نسبته الى ميزان القضاء كنسبة الدليل الى الاصل .

وبعبارة أخرى : المعارض الذي لايشترط العمل به بشيء بل يكون وجوده علة تامة للحكم غير معلق على شيء ، مثلا بينة الداخل على القول بتقديمها على بينة الخارج فان العمل بها على هذا القول لايتوقف على شيء ، فاذا ظهر وجب انتقاض الحكـم المستند الى بينة الخارج والقضاء للداخل قضاء منجـزاً غير متوقف ومعلق على شيء .

والحاصل ان معارض ميزان القضاء على قسمين :

قسم يجب العمل به منجزاً غير معلق على شيء حتى عدم المعارض، وذلك مثل بينة الداخل على القول باعتبارها ، فان العمل بها متعين بـلا انتظار شيء آخر حتى المعارض ، اذ لامعارض لها حتى ينتظر وجودها ، سواء كان موجوداً في زمان إقامة الخارج البينة أو ظهر بعدها وبعد القضاء له .

وقسم يجب العمل به معلقاً على نحو تعليق العمل بالميزان الذي استند اليه القضاء ، وذلك مثل بينة خارج آخر مثل المدعي، فان العمل ببينة المدعي كما أنه معلق على عدم معارض أقوى كذلك العمـل بالمعارض الاقوى أيضاً معلق لسلامته على عدم معارض أقوى، سواء كانت الاقوائية باعتبار تجدد صفة رجحان في بينة المدعي أو باعتبار ظهور مدع آخر .

ففي القسم الاول لامضايقة عن الالتزام بتعليقية القضاء ، بل لابد من القول بها بعد معلومية توقف اعتبار الأدلة والحجج والامارات فعلا على احراز عدم

المعارض أو الحاكم بالاصل . وأما في القسم الثاني فالالتزام بالتعليق فيه أمر غير ممكن لاستلزامه التزلزل في جميع القضوات وانجراره الى التسلسل كما عرفت .

فظهر أن القول بالانتقاض فيما نحن فيه كما عليه الشيخ بناءاً على أصله من تقديم بينة الداخل لايخلو عن وجادة وسدادة .

ولا يدفعه ماذكره الشهيد في القواعد من أن القضاء لاينقض الا بقطعي، لانه ليس نقضاً بل انتقاضاً كما عرفت .

الا أن يقال : ان ظهور المعارض في أدلة الاحكام أمر ممكن ، فلابد أن يكون العمل بكل دليل في حكم من الاحكام مراعى الى ظهور المعارض ، وأما في باب القضاء والبينات فأمر غير متصور الا على بعض الوجوه الخارج منها المقام ، لان المدعي حين اقامة البينة ولم يقم الداخل بينة معارضة له فقد تحقق شرط عدم المعارض ، واما أن المعارض ليس سوى شهادة البينة لااعتقاد البينة في نفس الامر ، والشهادة كانت منتفية حين القضاء واقعاً وظاهراً . وفيه ما لا يخفى فتأمل .

بقي الكلام في وجه مافصل الشهيد « ره » في القواعد من اختيار نقض القضاء مع بقاء يد الداخل والاشكال مع زوالها . وقد يوجه ذلك بأن بقاء اليد سبب لبقاء الدخول العرفي بحاله، فلابد من تقديم بينته على بينة الخارج عملا بمقتضى الادلة .

ولا يقدح في ذلك وقوع القضاء للخارج وصيرورته داخلا بسبب القضاء ، ومع قطع النظر عنه فكل من هو داخل مع قطع النظر عن القضاء يقدم بينته ، ومع بقاء اليد حساً يكون الداخل عمراً كما كان قبل القضاء .

بخلاف مالو زالت اليد ، فان زوالها سبب لزوال صفة الدخول العرفي ،

فلا وجه لتقديم بينته على بينة المدعي الخارج حينئذ . بل ينبغي العكس ، لان العين بعد انتقالها الى يد المدعي ـ أعني زيداً في المثال المذكور ـ يكون هو الداخل عرفاً بمقتضى أصالة صحة يده وتصرفه . وأما مع عدم انتقالها فهو بعد خارج وان كان قضي له ، اذ لاعبرة بالدخول الحاصل من جهة القضاء .

هذه غاية مايوجه به التفصيل المزبور. ولكنه غير وجيه، لان اليد المستندة الى القضاء حالها كحاله، فلا تصلح منشأ لصيرورة صاحبها داخلا، بعدماعرفت من أن المناط فيالدخول والخروج ماكان مع قطع النظر عن القضاء أو عماهو مستند اليه، لانالمستند الىالمستند الىالشيء مستند الىذلك الشيء، فالدخول المستند اليد الى المستندة الى القضاء مستند اليه حقيقة ، فلا عبرة به .

وأما دعوى أصالة الصحة في يد المدعي ـ وحاصلها عدم استناد الدخول الىالقضاء بل الىاليد بعد ملاحظة احتمال حقيقتها واجراء أصالة الصحة فيها ـ فيدفعها ان أصالة الصحة في يده معارضة بأصالة الصحة في يد المأخوذ منه الداخل ـ أعني عمراً في المثل المزبور ـ وهي حاكمة على أصالة الصحة في يده ، لان الشك في صحة يده وفسادها مسبب عن الشك في صحة يد الداخل وفسادها كما لايخفى . فالاظهر عدم الفرق بين بقاء اليد الحسية وزوالها . والله العالم .

(الثالث) اذا قدمنا بينة الداخل فهل يحتاج معها الىاليمين كما فيالقواعد أم لا ؟ .

والتحقيق فيه أن ينظر الى وجه التقديم : فان كان هو تساقط البينتين وسلامة اليد عن المعارض افتقر الى اليمين ، لان القضاء بدونها حينئذ يكون قضاء بلا ميزان، وان كان هو ترجيح بينة الداخل للاعتضاد باليد فاليمين غير لازمة، لان الحكم للداخل على هذا الوجه مستند الى بينته، ومع البينة لاحاجة الىاليمين.

وان كان هو التعبد بالاخبار فلابد من النظر ، لان الاخبار مختلفة : منها مايشتمل على الترجيح مع اليمين ، ومنها بدونها . فبأيهما استند الحكم ـ أي تقديم بينة الداخل ـ يتبع حكمه من حيث اليمين وعدمها .

(الرابع) اذا أراد ذو اليد اقامة البينة قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل ،ففي القواعد كما عن التحرير الاقرب الجواز. ولعل وجه الجواز النظر الى عمومات الحكم بين الناس السابق اليها الاشارة في أول هذا الباب، بل يمكن الاستدلال عليه بعمومات القضاء وفصل الخصومة ايضاً بناءاً على كون المقام من الفصل للخصومة التقديرية .

توضيح المقام : ان حكم الحاكم قد يتعلق بالموضوعات على وجه ليس المقصود منه رفع الخصومة وان ترتب عليه ذلك أحياناً، كالحكم بالهلال والقبلة وطهارة شيء ونجاسته وأمثال ذلك، وقد يتعلق على وجه يكون المقصود منه رفع الخصومة،وهذا أيضاً على قسمين، لان الخصومة اما أن تكون محققة ولو مع عدم حضور أحد الخصمين كالحكم على الغائب، وقد يكون مقدرة أي شأنية،والحكم في الاول رفع الخصومة وفي الثاني دفع لها .

لااشكال في جواز الحكم على الوجه الاول منهما المقصود منه رفع الخصومة الفعلية ، وأما جوازه على الوجه الثاني المقصود منه رفع الخصومة الشأنية فالظاهر أيضاً نهوض عمومات الحكم والقضاء بين الناس باثباته على هذا الوجه . وأما جوازه على الوجه الاول الغير الراجع الى فصل الخصومة لاحد الوجهين المذكورين فهو مبني على تمامية عمومات الحكم بين الناس ، ولاجل ذلك يستشكل فيه .

وما نحن فيه ـ أعني اقامة البينة للتسجيل ـ من القسم الثاني من الوجه

الثاني ، وهو عكس الحكم على الغائب لعدم حضور المدعى عليه هناك وعدم حضور المدعي هنا .

هذا هو الكلام في مدرك المسألة ، وأما معنى اقامة البينة للتسجيل فقدظهر مماذكرنا ، وهو دفع الخصومة التقديرية، بمعنى اثبات الحق المتنازع فيه قبل تحقق التنازع بموازين القضاء وحكم الحاكم .

وأما فائدته فهي على القول بتقديم بينة الداخل واضحة ، اذ يترتب على هذه البينة والحكم مايترتب على بينة الداخل مع وجود المدعي وتعارض البينتين ، فيثمر مع موت الشهود أو فسقهم أو نحو ذلك . وأما على القول بتقديم بينة الخارج فلا يثمر الا على تقدير ظهور المدعي ولا يكون له بينة ، ومعه يثمر بناءاً على كون بينة المنكر مسقطة عن يمينه كما يأتي انشاء الله تعالى.

فماقاله بعض مشائخنا من عدم الفائدة لغرض التسجيل قبل تحقق الخصومة، ليس على ماينبغي .

(الخامس) اذا لم يكن للمدعي بينة وأقام ذو اليد أوكل منكر بينة ، فهل هي تسقط عنه اليمين كما في القواعد ؟ .

والتحقيق هو أنه لو قيل بتقديم بينة الداخل بلا يمين فلا اشكال في سقوط اليمين هنا . لانه اذا اكتفى ببينة المنكر عن اليمين في صورة معارضة بينتهلبينة المدعي ففي صورة عدم المعارضة لزم الاكتفاء والاقناع بها عنها بطريق أولى، وان قيل بتقديمها مع البينة فان كان وجه اليمين هو تساقط البينتين بعدتعارضهما وصيرورة اليد سليمة عن المعارض فهنا لاحاجة الى اليمين ، لسلامة بينته هنا عن المعارض مع كونها حجة كما هو المفروض على هذا البناء . وان كان الوجه هو التعبد بظاهر بعض الاخبار الدال على اليمين مع البينة، ففي الحكم

بسقوط اليمين هنا اشكال ، لاحتمال توقف الحكم لذي اليد على أمور ثلاثة البينة واليد واليمين تعبداً .

الا أن يقال : ان اليمين وحدها كافية للمنكر اذا لم يكن للمدعي بينة ، فوجود البينة معها يصير لغواً . وهو خلف ، اذ المفروض حجية بينة الداخلي.

هذا على القول بتقديم بينة الداخل عند التعارض ، وأما على القول بتقديم بينة الخارج فسقوط اليمين هنا مبني على كون اليمين من المنكر رخصة أو عزيمة ، وقد سبق مراراً أن قوله عليه السلام « اليمين على من أنكر » لايدل على العزيمة بل على الرخصة، وأنه لوأقام البينة كان كافياً فيالحكم له، فالاظهر ماذكره العلامة من الكفاية مطلقاً .

(السادس) قضية تقديم بينة الداخل هوأن يطلب الحاكم البينة أولا من المدعى عليه ، فان كان له بينة قضى له ولا يصغى الى مقالة المدعي ، اذ لا فائدة في ذلك ، لان غاية ماللمدعي اقامة البينة على دعواه ، والمفروض تقديم بينة الداخل على بينته .

وهذا على خلاف ماهوالمعهود المتعارف بين الناس من مطالبة البينة أولا من المدعي، وخلاف صريح ماهوالمأثور قولا وفعلا من النبي والائمة صلوات الله عليهم أجمعين . وهذا أيضاً من شواهد بطلان القول بتقديم بينة الداخل .

فان قلت : لايلزم من تقديم بينة الداخل مطالبة البينة منه أولا على ما هو المتعارف ، لان المدعي هو صاحب الحق والمطالب به ، ومقتضى القاعدة مطالبة البينة ممن يطلب الحق ، ثم لو لم يكن له بينة فله احلاف المنكر . نعم لو أقام المدعي البينة وقال المنكر ولي أيضاً بينه قضي له ، وهذا لاينافي سؤال البينة أولا من المدعي .

قلت : اما أن نقول بأن الحاكم بعد قيام البينة يجب عليه تلقين المنكر ان

لك اقامة البينة أيضاً مثل تلقينه حق الجرح اياه أولا نقول بـه ، فان قلنا بـه كان الابتداء بسؤال البينة من المدعي لغـواً صرفاً واكلا من القضاء ، اذ لا يستقر القضاء الا بعد النظر في حال المدعى عليه من حيث استطاعته على اقامة البينة على خلاف بينـة المدعي وعدمه ، فمقتضى الوضع الطبيعي حينـئذ الابتداء بسؤال البينة من المدعى عليه ، لان الامر بالاخرة ينتهي الى سؤالها عنه . وان لم نقل بذلك ساوى بينـة المدعي وبينة المدعى عليه حينئذ من حيث الابتداء بالسؤال ، فللحاكم الابتداء بأيهما يريد ، مع أن المعهود الالتزام بسؤال البينة أولا من المدعي ـ فافهم .

(السابع) اذا أقام البينة على الداخـل فادعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين فادعى الابراء ، ففي القواعد ان كانت البينـة حاضرة سمعت قبل ازالة اليـد وتوفية الدين ، وان كانت غائبة طولبت في الوقت بالتسليم ثم اذا أقـام البينة استرد .

وقد يشكل الفرق بين ماذكره في المسألتين وبين مااذا ادعى فسق الشهود وكان الخارج غائباً فانه يمهل ثلاثة أيام كما هو مصرح به في محله .

ثم الفرق بين حضور الشهود وغيابها أيضاً لايخلو عن اشكال، لانالمدعي بعد اثبات دعواه ان كان مستحقاً للحكم وجب الحكم ويترتب عليـه أثره من التسليم ثم اذا أقام الداخل البينة يسترد ، ففيه جمع بين حق المدعي والداخل، وان لم يكن مستحقاً للحكم باعتبار كون بينة المدعي معلقة على عدم المعارض فلابد للحاكم من ايقاف الحكم حتى يتفحص عن المعارض لم يستحق الحكم ووجب مطلقاً على الحاكم امهال الداخل الى احضار بينته .

وكشف الحال عن هذا المقال : ان القضاء قد يكون تنجيزياً وقد يكون

تعليقياً ، وقد سبق أن التعليق والتنجيز في القضاء يستتبع التعليــق والتنجيز في الميزان ، والتعليق في الميزان يتصور على وجوه ثلاثة :

أحدها : أن يكون التعليق في موضع البينة ، بمعنى توقف تحقق البينــة الشرعية على عدم شيء لو وجد أوجب انتفاء أصل وجود البينة ، وذلك مثل تعليق وجود البينة المعدلة على عدم مجيء الجارح ، فان عــدم الجارح من شرائط وجود البينة التي هي ميزان القضاء .

والثاني : أن يكون التعليق في تحقيق مدلولها ، مثل البينة التي تشهد بالملك بمقتضى الاستصحاب ، فان مضمون هذه البينة موقوف على عدم الدليل على ارتفاع الحالة السابقة .

والثالث : أن يكون التعليق في أصل اعتبارها ، مثل بينة الخارج بالنسبة الى بينــة الداخل ، فان اعتبارها على القول بتقديم بينة الداخل معلــق على انتفائهــا .

والمدعى عليه في هــذه الصور الثلاث ان لم يدع المعارض فللحاكــم الحكم للمدعي بمقتضى أصالة عدم المعارض ، فيكون الحكم واقعاً على نحو التعليق. وأما ان ادعى المعارض فاما ان يقال بوجوب ايقاف الحكم في المواضع الثلاثة مطلقــاً تفحصاً عن المعارض ورجاءاً لاتيان الداخل بــه بناءاً على كون العمل بالاصل في باب القضاء كالعمل به في باب الاحكام من حيث افتقار العمل به الى الفحص عن المعارض . واما أن يقال بعــدم ايقاف الحكم مطلقاً ، نظراً الى عــدم الدليل على وجوب الفحص عن المعارض عليه كمــا يجب على المجتهد .

فلا وجه لتعطيل حق المدعي مع سلامة حجته ظاهراً عن المعارض ، أو يفصل بين الوجه الاول والوجهين الاخيرين ، فيلتزم في الاول بلزوم الامهـال

وايقاف القضاء حتى يحضر البينة ، لان البينة قبل احراز سلامتها عن الجارح لاتصلح حجة للمدعي فليس له حق يجب مراعاته .

ودعوى احراز السلامة بحكم الاصل . غير نافعة ، لان التمسك بالاصل انما ينفع في الدعاوي مع وجود المقتضى، وعدم المعارض هنا جزء للمقتضي.

وأما مع عدم المقتضي فلااعتداد به، لان الشارع جعل للقاضي موازين غير الاصول كالبينة ونحوها ، فلا يجوز له اهمال دعوى أحد الا بعد وجود بعض تلك الموازين ، فقبل وجوده يجب عليه التوجه الى الدعوى وعدم الالتفات الى كونها مخالفة للاصل . والا فكل دعوى مخالفة فيلزم أن لايجاب المدعي من احضار خصمه ولا الالتفات الى سماع قوله لاصالة عدم الحق وأصالة عدم البينة ونحوهما ، مع أنه ضروري البطلان ، وليس ذلك الا لوجوب اهمال الاصول على القاضي والنظر الى مادل على وجوب طي الدعاوي بالموازين المعهودة .

ولا كذلك اذا وجد الميزان وأقيمت البينة، فانه بعد وجوده لاعذر للقاضي في القضاء غير احتمال وجود معارض ، وهو من قبيل المانع يدفع بالاصل كسائر المقامات .

ومما ذكرنا يظهر أنه لايرد أن يقال : ان الاصل حجة شرعية ، سواء كان في مقام رفع المانع أو تكميل المقتضي . ووجه عدم الورود ان اتكال القاضي في تحصيل المقتضي بالاصل مناف لما دل على وجوب سماع الدعاوي وفصلها بالموازين ، لان مقتضى وجوب السماع عدم الالتفات الى أصالة عدم حقيقة الدعوى ، ومقتضى جعل الموازين عدم استناد الفصل الى غير تلك الموازين، فحيث توقف القضاء على ماليس بميزان له الا بمؤنة الاصل لم يجز ذلك له .

بخلاف مالو توقف على ماهو ميزان له في نفسه، فانه يجب لو جود المقتضي

بالادلة الدالة على وجوبه بالبينة مثلا وعدم المانع بحكم الاصل وفي الاخيرين بعدم الامهال ، لما ذكر فيوجه عدم الامهال مطلقاً من عدم الدليل على وجوب الفحص على الحاكم بعد قيام الحجة ، أو يفصل بين صورة حضور البينة فيوقف القضاء حتى يقيمها الداخل مطلقاً وفي المواضع الثلاثة . وبين الغيبة فيقضي بلا مهلة ، لان حضور البينة يمنع عن العمل بالاصل في احراز عدم المعارض ، امالعدم جريانها أو لاستلزام العمل به مع حضورها مخالفة الواقع كثيراً . أو لان بينة المدعي في هذه الصورة ـ أعني صورة حضور الشهود ـ ليس ميزاناً تاماً عند العرف ، لان مدعي الدين مثلا ان أثبت مدعاه ببينة الا أن الثبوت الاستصحابي مع ادعاء المديون البراءة الفعلية بالابراء وادعاء حضور البينة على ذلك ليس مما يترتب عليه عرفاً الحكم بالاشتغال الفعلي ، اذ لابد من نهوض بينة المدعي باثبات الاشتغال الفعلي ، وهو لايتم الا بضميمة الاستصحاب الذي ليسبناء العرف علىالالتفات اليه فيباب القضاء مع دعوى الابراء ودعوى حضور الشهود .

والتحقيق أن حضور البينة ـ أي بينة من يدعي الابراء بعد ثبوت الاشتغال الاستصحابي أو من يدعي الشراء بعد ثبوت ملكية العين ـ يمنع عن التسليم ، كما ذكره العلامة مرسلا له ارسال المسلمات . لانه في معرض ضياع حق المدعي الذي وجب لحفظه سماع الدعوى على الحاكم ولو كان ذلك الحق الغرض المتعلق بالعين .

نعم الظاهر أنه لايمنع عن سائر التصرفات كالركوب والسكنى والبيع والاجارة ونحوها ، فانه لامانع منها .

ولعلمراد العلامة أيضاً من عدم التسليم ليس هوالمنع من التصرفات ، اذ الظاهر أن المراد بالتسليم هو التسليم على وجه التسليط بالاتلاف ، فانه الذي

لايجوز مع حضور البينة . والدليل على ذلك هـو الادلة الدالة على وجوب فصل الدعاوي والتوجه اليها ، فان معنى التوجه الى الدعوى والتعرض لفصلها عدم ترك المدعى عليه على حاله التي كان عليها قبل الدعوى ، اذ لو ترك على حاله لـم يترتب على سماع دعوى المدعي الاثر المقصود من السماع وهـو ايصال الحقوق . فكل شيء ينافي وصول المدعي الى حقه على تقدير اقامـة البينة فلابد من منع المدعى عليه عنه، وذلك مثل الاتلاف دون سائر التصرفات .

فلو ادعى داراً مثلا فللمدعى عليه بيعهـا واجارتها وسكناها وغير ذلك من التصرفات مالم يقم المدعي البينة ولـو في حال الدعوى ، واما اتلافهـا فيمنع منه ، لانه مناف لحكمـة وجوب سماع الدعوى ـ أعني ايصال الحقوق ـ اذ الغرض المتعلق بالعين يفوت بالاتلاف ولايتداركه دفع القيمة على تقدير ثبوت حق المدعي ، بل قد يتعذر دفع القيمة أيضاً . بخلاف سائر التصرفات ، فانها غير منافية لتوصله الى حقه ولو كان نقلا عيناً أو منفعة .

وحينئذ نقول : ان المدعى عليه اذا ادعى الشراء فليس للحاكم تسليم العين الى المدعي الذي أثبت ملكيتها على وجـه يتسلط على اتلافها ، وهو المراد بالتسليم في المقام لامطلقه ولو مع المنع من الاتلاف ، وكذا لو ادعى الابراء فانه ليس للحاكم أيضاً الزامه بالتسليم من دون انتظار لقيام البينة على الابراء ، وكذا الحال في الوجه الثالث من وجـوه التعليق في البينـة ، أعني ماإذا كان المعلق عليـه فقدان المعارض ، كبينة الداخل على القول بتقديمه . بل وكـذا الحال في كل مقام يدعي المدعي مع حضور البينة ، فان المدعى عليه لايخلى وسبيله على وجه يفعل في المدعى به مايشاء ، بل يمنع عن التصرفات المتلفة ولا يعمل بالاصل في هذه الحالة بالنسبة الى تلك التصرفات .

ومجمل القول في المقام على وجه كلي هو أن المدعي لاقامة البينة سواء

كان خارجاً أو داخلا ، وسواء كان في الاول مدعياً أو كان أولا منكراً ثم انقلب مدعياً ، كمدعي الابراء بعد ثبوت الدين ومدعي الشراء بعد ثبوت الملك .

وبالجملة كل من يسمع بينته اذا قال ان لي بينة حاضرة لم يجز العمل بالاصل في الوجه الذي ينافي تجويزه الغرض الداعي الى سماع الدعوى ـ أعني ايصال الحق ـ فلا يترك ذو اليد على ماكان عليه من وجوه السلطنة على مافي يده مطلقاً حتى مثل الاتلاف ونحوه مما يمنع عن توصل المدعي الى حقه بعد اقامة البينة ، كما لايخلى على حاله من حيث الفرار عن حضور المخاصمة ، فكما يجب عليه الحضور في مجلس القضاء كذلك يجب عليه عدم التصرف في المدعى به على وجه يفوت معه غرض سماع الدعوى ويلزمه الحاكم عليه .

والدليل عليه هو أدلة وجوب سماع الدعاوي بعد ملاحظة الحكمة بل العلة، وهي ايصال الحق ، فانه لايتيسر الا مع منع المدعى عليه عن التصرفات المنافية لوصول الحق الى المدعي على تقدير اقامة البينة .

هذا كله مع حضور البينة . وأما مع غيابها واستمهال المدعي لاقامتها فالظاهر عدم الامهال ووجوب المشي على طبق الاصل والحكم على طبقه . ويختلف مقتضاه باختلاف المقام ، فلو كان ملتمس الاهمال هو المدعي لم يجب بل يحكم بمقتضى الاصل ، وهو تسلط المنكر على المدعى به على نحو تسلطه قبل الدعوى . ولو كان الملتمس هو الداخل لم يسمع أيضاً قوله بل يلزم بتسليم المدعى به الى المدعي ، لان البينة ليست بأضعف من اليد بل هي أقوى منها، فكما أن المدعي لايجاب في التماس تأخير القضاء بل يقضى بعدم سلطنته على المنكر وبسلطنته على مافي يده من جميع الوجود كذلك الداخل لايجاب في التماس المهلة بل يقضى للمدعي وينزع العين من الداخل أخذاً بمقتضى بينته التي هي أقوى من اليد .

وكذا الكلام لو كان الملتمس هو مدعي الابراء أو مدعي الشراء فانهما لايجابان أيضاً فيلزمان بالتسليم عملا بمقتضى البينة. والدليل على ذلك أن غيبة الشهود لاميزان لهاشرعاً أوعرفاً،فربما يتوقف حضورها على مضي سنة أوسنتين، وفي اجابتهم في تأخير القضاء حينئذ حرج وضـرر عظيم لا يمكن التزامهما وينافيان للغرض المشروع للقضاء ، وهو واضح لايخفى على المتفقه .

نعم الظاهر أن الحكم في الوجه الاول من وجـوه التعليق ـ أعني التعليق الراجع الى أصل تحقق الميزان مثل التعليق بالنسبة الى الجرح ـ ليس كذلك فان مدعي الجرح يمهل الى احضار بينته ، وذلك لماأسلفنا آنفاً من أن أصالة عدم الجارح لاتصلح ميزاناً للقضاء ولا مكملا له ، لانحصار موازين استخراج الحقوق في أمور ليس منها الاصل .

ولايرد ذلك في الوجهين الاخيرين، لان الفرض فيهما وجود البينة للمدعي فعـلا ، وهو أحد تلك الامور وعمدتها ، فلو حكم حينئذ فقد وقـع الحكم بالميزان الشرعي ، اذ لاينافي استناد الحكم اليها دفع احتمال وجود معارض بالاصـل .

والحاصل ان التعليق الراجع الى موضوع البينة الشرعية كالتعليق بالنسبة الى الجرح يمنع عن القضاء قبل الفحص عن وجود المعلق وعن العمل بالاصل في احراز ذلك قبل الامهال والفحص والنظر ، بخلاف التعليق الراجع الى تحقق مدلول البينة أو الى اعتبارها كالتعليق بالنسبة الى عدم الدليل على ارتفاع الحالة المشهود بها هنا ـ أعني الملك السابق ـ أو مع عدم المعارض كتعليق بينة الخارج بالنسبة الى بينة الداخل ، فانه لايمنع عن القضاء مطلقاً بل مع حضور البينـة المعلق على عدمها اعتبار بينة المدعي .

ويمكن أن يكون السر في ذلك أن دعوى الجرح ونحوها مما يرجع الى دعوى عدم صلاحيـة الميزان للقضاء دعوى على الحاكم ، فمدعي الجـرح

لادعوى له على المدعي بل على الحاكم ، وكأنه يقول : ان هذا الميزان ليس مما يستند اليه الحاكم في القضاء .

واذا كان المدعى عليه هو الحاكم لم يعقل فصل هذه الدعوى بعدم الالتفات الى قول مدعى الجرح ، بل لابد حينئذ من الالتفات اليه وامهاله حتى يحضر بينته ، بخلاف مدعي الابراء أو الشراء أو مدعي المعارض ، فان دعوى هؤلاء دعوى على خصومهم لاعلى الحاكم ، فللحاكم فصل هذه الدعاوي بالاصل .

ثم ان الامهال لابد فيه من مراعاة جانب المدعي أيضاً حتى لايرد عليه ضرر ولذا حددوه بثلاثة أيام ، فانه ليس تحديداً شرعياً بل أمر يقضي به الجمع بين الحقين ومراعاة الجانبين . فظهر أن كل واحد من التفصيلين أقوى من اطلاق القول بالامهال واطلاق القول بعدمه .

وأما الميزان في الحضور والغيبة فهو أيضاً أمر عرفي يختلف باختلاف الاحوال والأزمان والمكان ونحوها . والله العالم .

المسألة الرابعة

(ماذا كانت العين في يد ثالث وأقام كل منهما بينة)

ومحل الكلام ماذا لم يصدق ذو اليد لاحدهما والا اندرج تحت المسألة الثالثة وكان من موارد تعارض بينة الداخل والخارج ، لان اقرار ذي اليد يجعل المقر له منكراً أو داخلا . والمشهور في هـذه المسألة الرجوع الى الترجيح بالاكثرية .

ولنبين اولا مقتضى القاعدة مع عدم المرجح ، فنقول :

قد يقال : ان قضية القاعدة فيه بعد تساقط البينتين الرجوع الى التحالف والقضاء بالحلف أو النكول مطلقاً ، فان حلفا أو نكلا فالى القرعة . وذلك لان

قضية الأدلة الحاصرة لميزان القضاء في البينة والايمان ، مثل قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالايمان والبينات »[١] وقولـه تعالى « اقض بينهم بالبينات وأضفه الى اسمي يحلفون بـه »[٢] أنه اذا تعذر أحدهما تعين الاخر واذا تعـذرا معاً تعين القضاء بالقرعة بمقتضى قوله عليه السلام « أحكام المسلمين على ثلاثة: بينة عادلة، ويمين قاطعة، وسنة جارية »[٣] بناءاً على تفسير السنة الجارية بالقرعة وبما علم من أدلة القضاء من كون القرعة أيضاً ميزاناً للقضاء في الجملة اذا لـم يكن هناك ميزان آخر .

ولاريب أن البينتين المتعارضتين وجودهما كعدمهما في تعذر القضاء بالبينة اذ العمل بأحدهما دون الاخر ترجيح بـلا مرجح ، والعمل بهما مستحيل ، والتخيير أيضاً باطل بالضرورة ، فيكون وجودهما كعدمهما .

فان قلت : يرجح احداهما بالقرعة .

قلنا : انه يتوقف على ثبوت كون القرعة مرجحة والا فالاصل عدم الترجيح، لان كون الشيء مرجحاً يحتاج الى دليل .

فان قلت : ثبت مشروعية القرعـة في التعيين والترجيح كالمتسابقين الى مباح ونحوه .

قلنا : مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لان التعيين بالقرعة وان لم ينحصر

(١) الوسائل ج١٨ ب٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .
(٢) الوسائل ج١٨ ب١ من ابواب كيفية الحكم ح٢ . والرواية هكذا : قال اقض عليهم بالبينات ــ الخ .

(٣) الرواية هكذا : قال أمير المؤمنين عليه السلام : احكام المسلمين ثلاثة : شهادة عادلة ، أو يمين قاطعة ، أو سنة ماضية من أئمة الهدى . الوسائل ج١٨ ب١ من أبواب كيفية الحكم ح٦ .

في تعيين المبهم الواقعي ـ كما في المثال المذكور ـ الا أن موردها في غير ما كان الاصل فيه التساقط كالامارتين المتعارضتين ، بأن يكون من قبيـل الحقين المتزاحمين .

والسر فيه : انه اذا كان الاصل في صورة التعارض التساقط فلا يبقى بعـد شيء لافي الواقع ولا في الظاهر حتى يتعين بالقرعـة ، بخلاف ماذا لم يكن الاصل فيه ذلك ، بأن كان المانع عن اهمال كل واحد من المتعارضين وجود المعارض مع بقاء مصلحة العمل به على حالها ، فان العمل بأحد الحقين حينئذ مطلوب في الواقع والظاهر فيتعين بالقرعة . فافهم .

واذا ثبت ان البينتين المتعارضتين وجودهما كعدمهما فلابد من الرجوع الى الحلف الذي رتبته بعد البينة، فاذا رجعنا اليه فان حلف أحدهما دون الاخر قضي له والا رجعنا الى القرعة في تعيين الواقع ، فيكون من خرجت باسمه بمنزلة المنكر يعامل معه معاملته ، لان أدلة القرعة لاتنهض بكفايتها في الميزان بأن يكون مستند القضاء هو نفس القرعة .

ثم اذا عاملنا معه معاملة المنكر استحلفناه ثانياً ، فان حلف قضي له وان رد فحلف صاحبه فكذلك، وان نكلا كان العين بينهما نصفين، لان القضاء بالنصف أيضاً من وجوه القضاء بلا احتياج الى ميزان آخر .

وانما قلنا ذلك مع أن النكول عن اليمين المردودة يوجب القضاء للمنكر، لان من خرجت باسمه ليس منكراً في القضاء ، فلو قضي له عند نكول صاحبه عن اليمين المردودة كان مستند القضاء أيضاً نفس القرعة . وقـد قلنا ان نفس القرعة لاتصلح ميزاناً للقضاء .

ومعنى جريان أحكام المسلمين عليها بعد البينة واليمين كونها معينة للملك ظاهراً لاحدهما عند فقدهما ، وأما القضاء فلابد فيه من التماس بعض موازينه ،

لان كون الملك ظاهراً لاحدهما لايكفي في القضاء ، بل لابد فيه من وجود بعض الموازين اما البينة أواليمين أو التنصيف الذي هو أحد طرق القضاء عند فقد الميزانين .

هذا ، وقد يناقش في جريان القاعدة المشار اليها في المقام ، لان جريانها على ماتحقق يتوقف على ثبوت مقدمتين : احداهما كون المقام من موارد تعذر القضاء بالبينة ، والثانية كونه من موارد امكان القضاء بالحلف ، فانه اذا فقد كل منهما فقدت النتيجة ، وهي القضاء بالحلف .

أما الاولى فلانها اذا انتفت كان المقام محلا للقضاء بالبينة ، فلا يصار الى الحلف ، لان البينة هو الاصل في القضاء وأول موازينه . وأما الثانية فلانها اذا انتفت تعين الاقراع ، لان القرعة موردها صور انتفاء الميزانين .

وكلتاهما ممنوعة :

أما الاولى فلانا نمنع تعذر القضاء بالبينة عند تعارضهما ، لامكان القضاء حينئذ بالتنصيف ، فانه وان كان طرحاً للعلم الاجمالي أو طرحاً للبينتين في مقام العمل وترتيب الاثر الا أنه قضاء بموجب البينة ، لانه اذا أعطى كل واحد من المدعيين نصف المدعى به ومنع عن النصف الاخر مراعاة لبينة الاخر كان ذلك قضاءاً مستندا الى مراعاة بينة كل منهما في الجملة .

توضيح ذلك : ان العمل بموجب البينتين مقام والفصل بين المتخاصمين وطي نزاعهما مقام آخر ، والممتنع هو المقام الاول ، لان التنصيف ليس عملا بالبينتين بل طرح لهما حقيقة . وأما المقام الثاني – أعني طي النزاع بالبينة – فنمنع تعذره ، لان التنصيف قضاء ناش من وجود البينتين ، اذ لاوجه لمنع كل منهما عن النصف الا ابتلاء بينة كل منهما ببينة الاخر .

وبعبارة أخرى : اعطاء كل منهما نصف المال مستند الى بينته فانها شهدت

بالكل ، ومنعه عن النصف الاخر مستند الى معارضة بينته ببينة صاحبه . فصار كل واحد من عقـدي الايجاب والسلب ـ أي الاعطاء والمنـع ـ مستنداً الى البينة ، وهذا معنى كون القضاء بالتنصيف قضاء بالبينة .

هذا ، ويدفعه أن يكون المنع من النصف مستنداً الى تعارض البينة مرجعه الى سقوط دعوى كل منهما بالنسبة الى النصف ، وهذا عين تعذر القضاء بالبينة لان معنى تعذر القضاء بالميزان عدم سماع الدعوى، فالتنصيف في الحقيقة طي للدعوى بسقوطها وعدم سماعها في النصف المدعى به لابالبينة .

وأما المقدمة الاخيرة فلان الحلف انما يكون ميزاناً اذا كان وظيفة لاحـد المتداعيين في دعوى واحدة . وأما اذا كان نسبته الى كل واحد منهما على حد سواء فلا تصلح ميزاناً وكذا النكول .

وقياس حلفهما بالبينتين المتعارضتين غير صحيح ، لان البينة حجة شرعية ومن شأنها عدم خروجها عن الحجية بالمعارضة . بخلاف الحلف فانـه ليس حجة حتى يتصور فيه التعارض ، فلابد في كونه ميزاناً من اختصاصه بأحدهما، فحيث كان نسبته اليهما نسبة واحدة كان المقام من موارد تعذر الحلف باليمين ، فلابد من استعمال القرعة .

نعم لو بذل أحدهما الحلف ونكل الاخر قبل الاقراع أمكن أن يقال بعدم الحاجة الى القرعة حينئذ ، لان فائدة القرعة لاتزيد على جعل الحلف مختصاً بأحدهما كما ظاهر . والاختصاص في هذا الفرض حاصل بنكول أحدهما من غير قرعة .

فصار المحصل أنه اذا تعارض البينتان فالاصل فيه القرعة دون احلاف كل منهما ، اذ لافائدة فيه كما لافائدة في نكولهما ، الا أن يتبين نكول أحدهماعن الحلف قبل القرعة ، فيحلف من غير قرعة لحصول فائدتها بدونها .

وانما قيدنا الدعوى بكونها واحدة لانه اذا تداعيا في أمرين ـ بأن اختلفا في المبيع أو الثمن وادعى كل منهما شيئاً فحلف كل منهما على مدعاه ـ لا ينافي مادعيناه من انحصار ميزانيته فيما اذاكان وظيفته لاحدهما، لان الاختصاص فيه أيضاً حاصل بالقياس الى كل واحد من المدعى به . فافهم .

هذه قضية القاعدة في تعارض البينتين مع عدم المرجح أو عدم اعتباره مع قطع النظر عن أخبار الباب ، وأما الاخبار فهي مختلفة :

منها ـ مايدل على القضاء بالتنصيف بمجرد التكافؤ من غير ذكر حلف ولا قرعة ، مثل قول الامير عليه السلام في رواية غياث عن الصادق عليه السلام: ولم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين[1] . ومثل رواية تميم بن طرفة .

ومنها ـ مايدل على التنصيف بعد حلفهما أو نكولهما من غير ذكر قرعة أيضاً ، مثل رواية اسحاق بن عمار[2] . ويمكن النسبة بين هاتين بالاطلاق والتقييد ، فيمكن الجمع بينهما بتقييد اطلاق الاول بالثاني ، ويرجع الحاصل الى القضاء بالنصف بعد الحلف .

ومنها ـ مايدل على القرعة من غير ذكر حلف ، مثل المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام في البينتين يختلفان في الشئ الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما اذا اعتدلت بينة كل واحد منهما . ومثل موثقة سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام : ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عند مزوده، وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد، فأقرع بينهم ـ الحديث[3] .

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح٣و٤ .
(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١٥ .
(٣) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح١٢ .

ومنها ـ مايدل على الاقراع واحلاف من خرجت القرعـة باسمه ، مثـل رواية البصري عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان علي اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين[1]. ويمكن الجمع بين هاتين أيضاً بالتقييد ، فيقيد اطلاق الطائفة الاولى المكتفية بالقرعة بالثانية المصرحة باعتبار اليمين فيها .

وبعد ملاحظة هذا الجمع والجمع السابق بين الطائفة الاولى يقع التعارض بين هذه الطائفة والطائفة الاولى على وجه التباين ، لان خبر اسحاق يدل على التنصيف من دون قرعة وخبر البصري يـدل على اعتبار القرعـة والحلف ، فبينهما تباين . فتقييد التحالف في خبر اسحاق بما بعد القرعة في غايـة البعد خصوصاً مع ملاحظة التحالف. فان الاقراع يقتضي احلاف من خرجت باسمه القرعة دون التحالف ، وحينئذ فلابد من ملاحظة المرجحات .

ولايبعد دعوى رجحان اخبار القرعة، خصوصاً مع ملاحظة الشهرة، وعلى تقدير التكافؤ فالمرجع هي عمومات القرعة المقررة لكل أمر مشكل . فما هو المشهور من الاقراع بعد التكافؤ هو الاظهر من ملاحظة الاخبار وعلاجها بقواعد الجمع ، خلافاً للمحكي عن المبسوط حيث فصل فذهب الى القرعة فيما اذا كانت بينتهما مطلقتين والى التنصيف اذا كانت مسببتين وان اختصت احداهما بالتقييد قضي بها .

وهذا التفصيل بعض فقراتها موافق للقاعدة ، كالقضاء بالبينـة المقيدة اذا كانت الاخرى مطلقة ، لما مر في السابق من أن هذا النحو جمـع عملي بين البينتيـن .

---

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح٥ . والحديث يختلف عما هنا بعض الاختلاف فراجع .

وأما الفرق بين المطلقتين والمقيدتين فقد يستدل عليه بأن أخبار القرعة كلها مطلقة بالنسبة الى اطلاق البينتين وتقييدهما ، أما رواية البصري فواضحة وأما رواية سماعة فلان التقييد بالنتاج فيها انما هوفي كلام المدعي لافي مدلول البينة ، اذ لادلالة في قوله « وأقام كل واحد منهما البينة » على شهادة البينتين أن الدابة نتجت عند مزودهما ، لاحتمال اقتصارهما في الشهادة على مجرد الملكية التي ادعاها كل واحد منهما المدلول عليها بقوله « اختصما » ، بل لعله الظاهر كما لايخفى . وحينئذ فمقتضى القاعدة العمل بخبر اسحاق الوارد في المقيدتين المصرح بالتنصيف بدون القرعة .

هذا ، ويرد عليه أن خبر اسحاق مشتمل على التنصيف مع الحلف ، وليس في كلام الشيخ اعتبار الحلف في القضاء بالتنصيف .

ويمكن دفعه : بأن عدم ذكر الشيخ للحلف لايدل على عدم قوله به ، لاحتمال أن يكون عدم ذكر الحلف ثقة بما هو المعلوم المعهود المنطبق على قواعد القضاء من توقفه على اليمين أو البينة .

مع أن الانصاف أن منع ظهور خبر سماعة في المقيدتين تعسف ومكابرة ، لان احتمال عدم تطابق بينة المدعي لما هو المذكور من كلماته في الرواية بعيد جداً .

هذا هو الكلام في تعارض البينتين المتساويتين في جميع الجهات .

[اعتبار التساوي في العدل والعدد]

بقي الكلام فيما يقضي به مفهوم هذه الروايات من اعتبار التساوي في العدل والعدد ، وانه اذا اختلفا في أحد الامرين - بأن كان أحدهما أكثر عدداً أو أعدل - فهل يجب الترجيح بهما أم لا ، والكلام فيه في مقامات : الاول في اعتبار

الترجيح بالاكثرية أو الاعدلية ، والثاني في تقديم أحدهما على الاخر عند التعارض بأن كان أحدهما أكثر والاخر أعدل ، والثالث في التعدي عنهما الى مرجحات أخر كالاضبطية ونحوها :

(أما المقام الاول) فقد يستدل على الترجيح بالاكثر بروايات :

منها : خبر أبي بصير — وقد سبق — عن رجلين يأتي القوم فيدعي داراً في أيديهم ويقيم الذي في يديه الدار البينة أنها ورثها عن أبيه ولا يدري كيف أمرها فقال : أكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه . وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا وأقام هؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، فقضى بها لاكثرهم واستحلفهم — الحديث .

دل بموضعيه على الترجيح بالاكثرية :الاول «قوله أكثرهم بينة يستحلف» ودلالته واضحة . والثاني ذكر قضاء علي عليه السلام لاكثرهم بينة ، فانه وان كان في نفسه لايصلح للاستدلال لانه من حكايات الاحوال الا أن وقوعها في مقام الاستشهاد يوجب صلاحيتها للاستدلال ،كما استدل الامام عليه السلام .

وفي الاستدلال بكلا الموضعين نظر :

(أما الاول) فلاختصاصه بما اذا كان أحدهما ذا اليد وكانت احدى البينتين داخلة والاخرى خارجة فلا ينفع فيما نحن فيه . مع أن في الرواية اشكالا آخر، وهو أن البينتين مما يمكن الجمع بينهما، فالرجوع الى الترجيح فيهما مخالفة للمتفق عليه من امكان الجمع مهما أمكن ، وقد سبقت الاشارة الى هذا الاشكال أيضاً .

(وأما الثاني) فلان قضية الاستدلال وان كانت عموم ماذكر من الحكاية الا

أن جريانها في المستشهد له قل القائل به وخلاف التحقيق الذي مر في المسألة الثانية .

ومنها :مفهوم قوله عليه السلام فيرواية سماعة المذكورة « وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد » ، فان مفهوم القيد في مثل المقام ـ أعني مقام بيان الميزان ـ كمقام التحديد حجة بلامفهوم جميع القيود يعول عليه في أمثال المقام، وهو يقتضي عدم الاقراع :امالاجل التنصيف وهو باطل قطعاً، واما لاجل القضاء للاكثر وهو اعتبار .

فان قلت : هذا القول من المعصوم عليه السلام وقع حكاية عن قضية واقعة فغاية مايستفاد منه أن علياً عليه السلام قضى بالقرعة مع تساوي العدد ، وهذا لا يفيد حكم أصل المسألة ولا يدل على اعتبار التساوي وان الاكثرية مرجحة ولو قلنا بمفهوم القيد في أمثال المقام .

قلت : قد ذكرنا غير مرة أن الحكم في القضية الواقعة اذا حكاه الامام عليه السلام في مقام ذكر الحكم الشرعي يتشخص بالخصوصيات الموجودة في الحكاية خاصة، بحيث يعلم منه أن ماعدا تلك الخصوصيات من الخصوصيات الموجودة في تلك الواقعة الخاصة التي هي مورد الحكم المحكي لاعبرة بها وأنها ملغاة في ذلك الحكم .

وأما الخصوصيات الموجودة فيها فهي معتبرة، والا كان تخصيصها بالحكاية من بين سائر الخصوصيات لغواً عارياً عن الفائدة ، فيعلم من ذلك أن الفرق بينها وبين الخصوصيات المسكوت عنها هو اعتبارها في الحكم ـ أعني الاقراع ـ دون سائر الخصوصيات .

فثبت بذلك اعتبار صفة التساوي في العدد في الاقراع ، فانه مع عدم التساوي لاقرعة هنا ، أما لاجل كونه من موارد الترجيح وهو الظاهر، أو لاجل

كونه من موارد القضاء بالتنصيف وهو باطل، اذ على تقدير عدم اعتبار الاكثرية في الحكم بالقرعة يكون وجودها كعدمها ، فيكون مثل صورة التساوي الذى حكم فيه بالقرعة ، فلا معنى للقضاء بالتنصيف أيضاً . فتأمل . وللاجماع على عدم القضاء بالتنصيف مع كون احدى البينتين أكثر ، فان الاحتمال فيه دائر بين الحكم للاكثر أو القرعة .

وأما الترجيح بالاعدلية فيدل عليه روايتان :

احداهما - رواية البصري المتقدمة : كان علي عليه السلام اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهما . فانها بالمفهوم تدل على اعتبار التساوي في العدل والعدد، وأنه اذا انتفت المساواة في كل منهما لم يقرع[1] . والكلام في أن عدم الاقراع لايستلزم الترجيح والحكم للارجح ما مر ، وكذا الكلام في اعتبار مفهوم الصحة أو كونها حكاية عن الحكم في قضية واقعة .

وثانيتهما - المرسل المتقدم عن أمير المؤمنين في البينتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما اذا اعتدلت بينة كل واحد منهما[2] . لان الاعتدال عبارة عن المساواة في جميع مايعد في العرف مرجحاً ، لانه أمر عرفي ، فيدل عدم الاقراع عند عدم الاعتدال العرفي مطلقاً، ولاريب أن الاعدلية توجب عدم الاعتدال فلا قرعة - الى آخر ماعرفت فيما تقدم من الرد .

وروي عن بعض النسخ « عدلت » مكان « اعتدلت » ، وهو مؤيد بقوله « بينة كل واحد منهما» ، لان الاعتدال لايتم معناه الا بطرفين ، فكان ينبغي أن يكون هكذا : اذا اعتدل البينتان أو بينة كل منهما مع بينة الاخر .

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح٥.

(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح١٥ .

(وأما المقام الثاني) فقد يستدل على تقديم الاكثرية على الاعدلية باطلاق مفهوم قوله عليه السلام في رواية سماعة « سواء في العدد » ، لانه باطلاقه يدل على عدم الاقراع مع عدم المساواة فيه ولو مع كون الاقل أعدل .

وقد يجاب : بأن منطوقه مقيد بمنطوق رواية البصري المصرحة باعتبار التساوي في العدالة زيادة على التساوي في العدد ، واذا قيد المنطوق كان الجزاء ـ وهو الاقراع ـ متوقفاً على أمرين : المساواة في العدد ، والمساواة في العدالة .

ومقتضى مدخليتهما معاً في الحكم عدم الاقراع عند انتفاء كل واحد منهما مستقلا ، لان عدم كل واحد من أجزاء العلة وشرائطها علة تامة لعدم المعلول ، وحينئذ قد يقع التعارض بين مفهومي القيدين فيما نحن فيه ، لان المنتفي ان كان أحد القيدين فلا اشكال ، وكذا ان كان كليهما مع عدم التعارض ، مثل ما اذا كان احدى البينتين أكثر وأعدل فالاكثرية سبب لانتفاء القيد الثاني مع عدم التعارض بينهما .

وأما اذا كانت الاكثرية في احداهما والاعدلية في الاخرى ، فمقتضى الانتفائين أيضاً عدم الاقراع ، لكن لما كان عدم الاقراع لاجل الترجيح لا لاجل التنصيف كما مر فيقع التعارض بينهما . فمقتضى انتفاء القيد الاول ـ أعني التساوي في العدد ـ الحكم لاكثرهما بينة ، ومقتضى انتفاء القيد الثاني الحكم لاعدلهما بينة ، فلا دلالة في اطلاق مفهوم قوله عليه السلام « سواء في العدد » في رواية سماعة على تقديم الاكثر على الاعدل مع ملاحظة رواية البصري المقيدة لمنطوقها بالمساواة في العدد أيضاً ، وانما يدل على تقديم الاكثر مع عدم تقييد المنطوق به .

وفيه : ان حكم ثبوت التقييد بدليل منفصل بعدما كان ظاهر الجملة الشرطية سببية الشرط للجزاء غير حكم المقيد المذكور في الشرط . وما ذكرت من التحقيق انما يتم في الثاني دون الاول .

بيانه : ان ظاهر الجملة يدل على سببية الشرط للجزاء ، فـان كان الشرط مركباً من أمرين بطريق العطف ، كقولك « اذا جاءك زيد وعمرو أفعل كذا »، أو بطريـق التقييد كما في قولك « اذا جاءك زيد راكباً فافعل كذا » يـدل على سببية المنضم والمنضم اليه معاً وان كان الشرط منفرداً في الكـلام ، فمقتضى ظاهر الجملة كونه سبباً للجزاء ، ثم بملاحظة اطلاق الشرط يثبت كونه علـة تامة على ماهو التحقيق المقرر في محله .

وأظهر الوجوه في دلالـة الجملة الشرطية على المفهوم ، فـاذا ثبت من الخارج مدخلية شيء آخر، ثبت أن طلاق الشرط مقيد وأنه ليس بعلة تامة لكن كونه سبباً أيضاً باق بحالـه ، لان مجرد مدخلية شيء آخـر في الجزاء لاينافي سببية الشرط لاحتمال كونه شرطاً، فلا يلزم من اعتبار التساوي في العدالة أيضاً خروج التساوي في العدد عن السببية التي دلت الجملة بظاهرها عليها .

بـل نقول : ان التساوي في العدد سبب والتساوي في العدالـة شرط فاذا انتفيا معاً لزم أن يكون انتفاء الجزاء وهو المعلول ـ أعني الاقراع فيما نحن فيه ـ مستنداً الى عدم المساواة في العدد أعني الاكثرية دون العدالة، لان عدم المعلول لايستند عرفاً الى عدم الشرط أو عدم المانع مع عـدم المقتضي ، اذ يقبح أن يعتذر الفقير مثلا في عدم تجارته بخوف الضرر في الطريق مع عـدم استطاعته وعدم تملكه مالا يتجر به .

فظهر أن الاكثرية هي المستند اليها في عدم الاقراع وان اجتمع معها الاعدلية موافقة أو مخالفة ، وان الاعدلية مع وجود الاكثرية لاعبرة بها ، وهو المراد .

هذا ، ويرد عليه أن ماذكر انما يتجه اذا كان الاستواء في العدد في حيز الشرط ، وليس كذلك بل الموجود في رواية سماعة أن علياً عليه السلام حكم

(١) الوسائل ج١٨ ب١٣ من ابواب كيفية الحكم ح١٢ .

بالقرعة فيما أقام كل من المتداعيين بينة سواء في العدد . وهذا لايدل على كون الاستواء في العدد سبباً للاقراع ، وانما يدل على مدخليته فيه فيكون حاله كحال الاستواء في العدالة ، فالانصاف عدم الدليل على ترجيح الاكثرية .

ثم ان مدلول رواية البصري[1] بعد ملاحظة مفهوم الاستواء في العدد والعدالة يدل على الحكم بالارجح عند عدم التعارض، وأما معه ــ كما اذا كانت الاكثرية التي هي عبارة عن انتفاء المساواة في العدد في جانب والاعدلية في آخر ــ فالمستفاد منها عدم الاقراع، فيدور الامر بين القضاء بالتنصيف أو ترجيح الاكثر أو الاعدل ، وحيث لـم يثبت شيء منهما تعين التنصيف . وليس الحال هنـا كالحال في صورة رجحان احدى البينتين بالاكثرية والاعدلية في بطلان التنصيف بالاجماع لعدم الاجماع هنا على ذلك .

(وأما المقام الثالث) فقد يستدل عليه بمفهوم قول أمير المؤمنين عليه السلام في المرسل المذكور « اذا اعتدلت بينة كل منهما » ، لان الاعتدال أمـر عرفي ينتفي عرفاً بكل مزية مثل الاضبطية ونحوها، فينتفي الاقراع ويتم المدعى على التقريب المتقدم في الروايات السابقة . وهـو استدلال ضعيف كما لايخفى ، فالتعدي مشكل مع عدم ظهور قول الاصحاب به .

فقد تلخص مما ذكرنا أن الحكم مع عدم الترجيح للقرعـة ومعـه الاخذ بالمرجح المنصوص لامطلقاً . وهـل يحتاج الى اليمين في الموضعين أم لا ؟ الاقوى اعتبار اليمين فيهما ، لان القضاء لايكون الا بأحد من البينة واليمين مع الامكان ، فمن خرجت باسمه الحلف وقضى له وكذا من كان بينته أرجح :

(أما الاول) فواضح بعد ملاحظة مثل قوله « انمـا أقضي بينكم بالبينات والايمان » وامكان القضاء بالحلف هنا .

---

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح٥ .

فان قلت : ظاهر أخبار القرعة كفايتها حيثما تجري في القضاء .

قلت : انها معارضة بماذكر من الدليل على حصر الميزان في البينة واليمين مع امكان القضاء بأحدهما ، وهو أخص مطلقاً من أخبارها . ولو سلم أن النسبة بينهما عموم من وجه، فالترجيح لمادل على توقف القضاء باليمين لانه المشهور، ولان أدلة القرعة يشترط في العمل بها انجبار ضعفها بالعمل ، وهو هنا مفقود.

ولو سلم التكافؤ فالمرجع هو الاصل الذي يقتضي الاخذ بالقدر المتيقن. وهو القضاء بالحلف ، لان نفوذ الاصل خلاف مقتضى الاصل الاولي كما تقدم في أول القضاء .

فان قلت : قد وردت في الباب أدلة أخرى غير تلـك الأخبار العامة على القضاء بالقرعة وهي كثيرة ، ومنها أيضاً ماتقدم « احكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة ، ويمين قاطعة، وسنة جارية »، وهي أخص مطلقاً من الادلة الحاصرة للميزان في البينة واليمين كما لايخفى .

قلنا : ان هذه الاخبار مقيدة بأخبار أخر دالة على اعتبار اليمين مع القرعة وقد أشرنا الى بعضها في أول المسألة .

(وأما الثاني) ـ أعني احلاف من بينته أرجح ـ فلان القـدر الثابت من الترجيح بالاكثرية كونها مرجحة لجانب من كانت بينته أكثر في القضاء له ، وهو لاينافي توقف القضاء على الحلف .

والحاصل ان المقتضي للحلف موجود وهو تعارض البينتين ، والمانـع ـ وهو سقوط البينة المرجوحة عن قابلية المعارضة ـ غير معلوم، لاحتمال كون الرجحان بالنسبة الى مجرد تغليب جانب صاحب البينة الراجحة وتقويته وجعل القول قوله كالمنكر لا بالنسبة الى ذات البينة حتى يكون المرجوح ساقطاً عن الاعتبار وقاصراً عن المعارضة .

فان قلت : معنى ترجيح احدى البينتين على الاخرى هو كون الحجة الفعلية هو ذلك الراجح كما هو كذلك في ترجيح الاخبار بعضها على بعض والا لم يكن ترجيحاً للبينة .

قلت : ليس في الادلة ان الكثرة في البينتين مرجحة حتى يفرع عليه سقوط الاول عن قابلية المعارضة، وانما الموجود فيها بعد ملاحظة المفهوم عدم القرعة مع وجود الكثرة ، وهذا بنفسه لايدل على تغليب جانبها أيضاً فضلا عن كونها مرجحة كما تقدم ، والقدر الثابت من الاجماع بطلان التنصيف مع وجودها .

وهذا المقدار لايقضي بكون الكثرة مرجحة لنفس البينة كما في الاخبار ، لاحتمال اختصاص فائدتها بجعل صاحب البينة الراجحة قوي الجانب وكون القول قولها ، فلا دلالة فيها على سقوط الاقل مثلا عن قابلية المعارضة .

وأما كلمات الاصحاب فهي وان كانت في بادىء النظر ظاهرة في ترجيح أصل البينة ، الا أن التأمل فيها يقضي بخلاف ذلك الظاهر . لان الموجود في كلام جملة منهم أنه يقضي لا كثرهم بينة .

وهذا لو لم يكن ظاهراً فيما ذكرنا ـ أعني كون القول قوله كما يقتضيه الانصاف ـ فليس بظاهر أيضاً في سقوط الاقل مثلا عن درجة الاعتبار . نعم في عبارة الشرائع حيث قال « يقضي بأرجح البينتين » ربمايكون بعض الاشعار الى ترجيح البينة وان القضاء انما هو بالبينة لابااليمين .

وكيف كان فالمتبع هو الدليل، ولم نجد مساعدته على كون مستند القضاء في صورة الرجحان هو البينة الراجحة دون اليمين .

ثم لو حلف من خرجت القرعة باسمه أو من كان بينته أرجح قضي له وان نكلا ردت اليمين الى الاخر فان حلف قضي لـه وان نكل أيضاً قسم بالسوية ،

لما مر من أن القضاء بالتنصيف آخر موازين القضاء . وهذا أصل متبع في كل مقام لايمكن القضاء فيه بالبينة ولا باليمين ولا بالقرعة .

فان قلت : لاوجه للتنصيف ، بل اذا تعذرت الامور الثلاثـة يجب ايقاف القضاء ، كما لو انحصر القضاء بالبينة ولم‌تكن للمدعي بينة مثل الدعوى على الغائب مثلا . وبعبارة أخرى : ان المتداعيين اذا لـم يكن مع أحدهما شيء من الموازين الثلاثة طردهما الحاكم ولـم يسمع الدعوى ولـم يقم دليل على القضاء بالتنصيف من غير ميزان بل هو حكم بلامستند ، فكما أن حكم الواقعة اذا انحصر في البينة مثلا مثل الدعوى على الغائب يوقف فيها القضاء مع عدم بينة للمدعي ولا يسمع دعواه، فكذلك مانحن فيه يجب فيه ايقاف القضاء لعدم الميزان .

قلت : ايقاف القضاء تارة يكون باعتبار عدم قدرة المدعي مثلا على اقامة الميزان مع كونه مجهولا شرعاً ، مثل عدم سماع الدعوى على الغائب بلابينة ، وأخرى يكون باعتبار عدم جعل الشارع للواقعة ميزاناً :

الاول أمر ممكن . لان مرجعه الى عدم سمـاع دعوى المدعي اذا توقف سماعها على البينة التي هو فاقد لها ، وهذا لاضير فيه ومنافاة للحكمة .

وأما الثاني فهو مناف للحكمـة ومناف للغرض المشرع للقضاوة ونصب الاحكام . لانـه يجب على الشارع في الواقعة التي تسمع فيها الدعوى جعـل ميزان للقضاء والا كان السماع لغواً .

وما نحن فيه من قبيل الثاني، لانه اذا نكل كل منهما عن اليمين بعد سماع دعواهما ومطالبة البينة منهما وتعارض البينتين واستعمال القرعـة واحلاف من خرجت باسمه ونكوله عن الحلف ورده الى الاخر ونكوله ، فلابد أن يكون

للقاضي حينئذ ميزان للقضاء حتى يقضي بذلك الميزان ولا يتعطل الحكم ، لان التوقف في القضاء حينئذ لاوجه له ، لانه ضرر يجب دفعه بأدلة القضاء .

وليس مثل عدم سماع دعوى المدعي اذا لم يكن له بينة في الواقعة التي ينحصر فصلها بالبينة ، لان مقتضى جعل الميزان عدم سماع الدعوى في هذا الفرض والا كان جعل الميزان لغواً وخرج الميزان عن كونه ميزاناً . فلابد حينئذ فيما نحن فيه أن يكون للقضاء ميزان يقضي به حتى لايلزم توقيف الحكم من قبل الشارع ، وليس هو الا القضاء بالتنصيف ، اذ المفروض عدم جريان شيء من سائر الموازين فيه باعتبار التعارض والتدافع . نعم لو كان المدعى به مالا يتصور الشركة فيه كالزوجية تعين الاقراع ثانياً من دون حلف . فتأمل .

فان قلت : لم لايجعل الميزان حينئذ القرعة مع كونها أحد الموازين بعد تعذر البينة واليمين . فان قلت : قد استعملناها بعد تعارض البينتين. قلنا : تلك القرعة كانت لتلخيص من يكون القول قوله وكان الميزان هي اليمين ، وأما القرعة حينئذ ـ أي بعد نكولهما عن الحلف ـ فهي بنفسها تكون ميزاناً من غير حلف . والحاصل ان تعارض البينتين واقعة ونكول المتداعيين عن الحلف بعد الاقراع واقعة أخرى ولا يكفي الاقراع في احداهما عن الاخرى .

قلت : قد عرفت غير مرة أن القرعة بنفسها لايستتم بها ميزان القضاء ، ومعنى كونها ميزاناً له في الجملة أنها المرجع اذا تساوى المتداعيان من جميع الجهات في تعيين من يكون القول قوله بيمينه لقصور أدلتها عن اثبات كونها مستنداً للقضاء بنفسها لما مر آنفاً ، واليمين متعذرة هنا فلا مجال للقرعة حينئذ .

فان قلت : النكول عن اليمين المردودة من الموازين للقضاء كما تقدم بلا اشكال فيقضى للراد ، وهو هنا من خرجت باسمه القرعة .

قلنا : ميزان القضاء هو نكول المدعي عن يمين المنكر لا كل نكول، ومن خرجت باسمه القرعة ليس منكراً شرعاً وعرفاً ، وانما قدم قوله بيمينه للحلف فلا يكون النكول عن هذه اليمين من نكول المدعي عن يمين المنكر .

فان قلت : القضاء بالتنصيف قضاء بلا ميزان ، لان التنصيف هو المقضي به لاميزان القضاء ، والقضاء بلا ميزان باطل .

قلنا : أولا ـ ان القضاء بالتنصيف قضاء بموجب البينة في الجملة كما أوضحناه سابقاً ، لان اعطاء كل منهما نصف المدعى به عمل ببينته في الجملة ومنعه عن النصف الاخر عمل ببينة صاحبه كما تقدم .

فان قلت : كيف يكون التنصيف عملا بكل منهما في الجملة، بل هو طرح لهما رأساً، لان كلا منهما يشهد ببطلانه وكونه على خلاف الواقع ،ولذا قد تقرر في الاصول ان الجمع بين الدليلين بالعمل بكل منهما في بعض مدلوله طرح لكل منهما ، وليس من جزئيات قاعدة أولوية الجمع من الطرح .

قلنا :هذا حق بعد تسليم مقدمتين :احداهما اعتبار العلم الاجمالي في حق الناس، والثانية كون اعتبار البينة في الحقوق من باب الطريقية لا من باب السببية المحضة. وكلتاهما ممنوعتان، بل لايبعد أن يكون الاقوى خلافها، لان مراعاة العلم الاجمالي في حقوق الناس الظاهر أنها غير واجبة بل غير جائزة جمعاً بين الحقين .

ونظراً الى ما ثبت بالنص والاجماع من الغاء العلم الاجمالي في موارد كثيرة وكذا القول بأن البينة في اثبات الحقوق من باب السببية المحضة مثل البيع للنقل والانتقال ، ليس بذلك البعيد . بل قد يستشم ذلك من بعض أخبار الباب الدال على القسمة في صورة تعارض البينتين بحسب عدد الشهور ، وكذا من ثبوت ربع الوصية بشهادة امرأة واحدة ونصفها بشهادة اثنتين وتمامها بشهادة الاربع ،كما هو واضح .

فاذا بنينا أن اهمال العلم الاجمالي في الحقوق المشتبهة ومخالفته جائزة وان قيام البينة سبب مملك لمن أقيمت له كان اعطاء كل منهما نصف المدعى به اعمالا لبينته في الجملة مع عدم محظور من جهة مخالفة الواقع .

فان قلت : ان كان الامر كذلك لايصار الى القضاء بالتنصيف من أول الامر الى حين تعارضهما وتكافؤهما ، بل يرجع الى الحلف أو القرعة ، مع كون القضاء بالبينة في مجراها مقدماً على الجميع .

قلنا : ان التنصيف ليس قضاء كاملا بالبينة ، بل هو قضاء به على وجه النقصان ، ومع امكان القضاء بميزان آخر كاليمين مثلا على وجه التمام لايصار الى القضاء بالبينة على وجه النقصان . وبعبارة أخرى : ان التنصيف قضاء بموجب البينة وعمل بها في الجملة لابتمام مؤداها ، وهذا مع امكان استعمال ميزان آخر يقضى به على وجه الكمال والرجحان لايصار اليه ، بل انما يصار اليه مع فقد جميع الموازين .

وثانياً ـ انه لو لم يقض بالتنصيف في مفروض البحث لم يبق لاخبار القضاء بالتنصيف مثلا مورد أصلا ، فيلزم طرحها . وهو في غاية البعد ، لكثرة تلك الاخبار وعدم ظهور امارة الطرح فيها غير تعارضها بأخبار القرعة التي قد عرفت اختصاصها بصورة امكان الحلف بعدها .

وهذه لاتنافي ماقدمنا من ترجيح أخبار القرعة عليها في صورة تكافؤ البينتين أو الحكم بالتساقط والرجوع الى عمومات القرعة ، لان التساقط في صورة التكافؤ وامكان الحلف بعد القرعة لاينافي كون تلك الاخبار معمولا بها في غير تلك الصورة . فتأمل والله الهادي .

[حكم عدم البينة في الدعوى مع عدم تصديق ثالث أحد الطرفين]

ومما ذكرنا في هذه المسألة ـ وهي المسألة الرابعة ـ ظهر حكم مسألة

خامسة ، وهي ماإذا لم يكن لاحد الخارجين بينة ولم يصدق الثالث أحدهما ، فان الحكم هنا أيضاً القضاء بالتنصيف مع العلم الاجمالي بكون العين لاحدهما ومع عدم العلم واحتمال كونها لثالث عدم سماع الدعوى وايقافها الى أن يقيم أحدهما البينة .

أما القضاء بالتنصيف في الاول فلعدم جواز منعهما من العين لكونه مخالفة قطعية وعدم جواز القضاء بها لاحدهما لكونه ترجيحاً بلا مرجح وقضاء بلا ميزان ، وعدم جريان التحالف أيضاً لان نسبة الحلف الى كل منهما على حد سواء ، وقد سبق أنه متى كان كذلك لم يصلح الحلف ميزاناً للقضاء وانما يصلح ميزاناً اذا كان متوجهاً الى أحدهما المعين خاصة ، فليس مثل البينة في كونها حجة شرعية مسموعة من متعدد ، لان الحجة الشرعية حجة في اثبات المدعى مع قطع النظر عمن يقيمها ، بخلاف الحلف فانه ليس حجة شرعية حتى يكون وجوده كافياً في اثبات المدعى ويمكن أن يقيمها الاثنان ، بل هو ميزان للقاضي مشروطاً بأمور كوقوعه بعد مطالبة المحلوف له واذن الحاكم وغير ذلك مما لايعتبر في البينة والحجة الشرعية، وكونه ميزاناً لايمكن الا مع اختصاصها بأحد المتداعيين .

ومن هنا يظهر فساد مايتخيل من قياس حلف المتداعيين ببينتهما وانه كما لايمكن للقاضي الحكم بالبينة المتعارضة ـ ومع ذلك فهو يطالب البينة من كل من المدعيين وجاء اختصاص أحدهما بالبينة فيقضي بها ـ كذلك لايمكن له القضاء في صورة حلفهما ونكولهما، لكنه يستحلفهما رجاء حلف أحدهما ونكول الاخر حتى يحصل ميزان القضاء . فلا وجه للقول بعدم كون الحلف اذا كان نسبته الى كل واحد من المتداعيين متساوية ميزاناً ، وانه انما يكون ميزاناً اذا كان مختصاً بأحدهما .

وجه ظهور الفساد أن البينة حجة شرعية مع قطع النظر عن مطالبة الحاكم وعدم جواز القضاء بالبينة المتبرع بها ليس لاجل عدم كونها حجة قبل المطالبة، بل لان مطالبة الحاكم شرط تعبدي يثبت في كونها ميزاناً، اذ ليست الحجية مساوقة للميزانية، فاذا كانت حجة كانت نسبتها الى كل من المدعيين على حد سواء، فعلى الحاكم مطالبتها من كل منهما والقضاء بحسب مايؤول الامر اليه من الاختصاص بأحدهما أو التعارض . بخلاف اليمين فانها جعلت ميزاناً لا حجة حتى يتصور التعارض فيها . والميزان لايجوز أن يكون أمراً لكل من المتداعيين اقامته ، فقبل ظهور نكول أحدهما لايكون الحلف ميزاناً، فاذن انحصر الامر في القضاء بالتنصيف.

نعم للاقراع وجه قوي اختاره العلامة في محكي القواعد ، لكن الالتزام به موقوف على الاطمئنان بالعامل به ، فان ثبت فيها والا فلا مناص الا بالقضاء بالقسمة .

وأما ايقاف الدعوى في الثاني فلعدم البينة وعدم صلاحية الحلف للميزان كما عرفت وعدم العلم الاجمالي بدوران المال بينهما حتى يلزم من عدم القضاء تعطيل الحق لاحتمال كونه لثالث .

ومما ذكرنا ظهر أن مافي محكي كشف اللثام من التحالف ، ليس على ما ينبغي . والله الهادي .

التقاط

[أنواع تعارض البينات واحكامها]

كما يتحقق التعارض بين الشاهدين كذلك يتحقق بين الشاهد والامرأتين فاذا كان لاحدهما شاهد وامرأتان وللاخر شاهد وامرأتان جرى فيه حكم تعارض البينتين . وكذا يتحقق بين الشاهد واليمين .

ولا اشكال في شيء مما ذكر ، لان قضية حجية الشاهد وامرأتين وقوع المعارضة بين فردين منها ، وكذلك قضية حجية الشاهد واليمين ، لان اليمين شرط لقبول شهادة الشاهد الواحد ، فالميزان انما هو الشاهد دون اليمين .

ويدل عليه ـ مضافاً الى امكان الاستدلال عليه بمفهوم آية النبأ ـ بعض الروايات : كان النبي صلى الله عليه وآله يقضي بالشاهدين والشاهد واليمين لئلا يبطل حق مسلم ولا يرد شهادة مؤمن[1] .

وبالجملة لاشكال في تعارض الحجج الشرعية في نفسها وبعضها مع بعض، بل الظاهر جريان حكم تعارض البينتين أيضاً وان كان المتبادر من لفظ «البينة» خصوص الشاهدين ، لان هذا التبادر اطلاقي بدليل عدم صحة سلب البينة عن رجل وامرأتين ولا عن الشاهد واليمين ، فكل حكم ثبت في الادلة لتعارض البينتين يجري فيهما أيضاً. لكن أحكام تعارض البينتين لم تثبت في الادلة بعنوان تعارض البينتين بل ثبتت في موارد خاصة ووقائع معينة كانت الشهود فيها رجال على مايظهر من التأمل في الأدلة الماضية .

نعم قد عرفت في رواية أبي بصير قول الامام عليه السلام « أكثرهم بينة يستحلف »[2] ، لكن عرفت أيضاً مافي تلك الرواية ، فان عثرنا بحكم شرعي ثابت بعنوان البينتين جرى في تعارض رجل وامرأتين وكذا في تعارض رجل ويمين ، والا فالظاهر أيضاً الجريان للمناط القطعي ، فعلى تقدير الترجيح بالاكثرية يرجح شهادة الرجل وثلاث امرأة على شهادة رجل وامرأتين وهكذا.

هذا كله واضح ، وانما الاشكال في تعارض كل منهما مع الشاهدين ،

(١) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب كيفية الحكم ح١٨ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

ففي الشرائع انه يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد وامرأتين ولا يتحقق بينهما وبين الشاهد واليمين .

وعلله في المسالك بأن الشاهد واليمين حجة ضعيفة . ولذا اختلف في ثبوت الحق بهما المخالفون، ومخالفتهم لو لم تكن مقوية نظراً الى أن الرشد في خلافهم ، فلا أقل من عدم التضعيف مع أن الاختلاف في الاعتبار لامساس له باحداث الضعف عند من يقول بالاعتبار .

ومن هنا يظهر أن سعة مجاري الشاهدين من حيث الاموال والحقوق والحدود وغيرها وضيق دائرة الشاهد واليمين لاختصاصهما بخصوص الماليات لايوجب أيضاً ضعفاً في اعتبار الشاهد واليمين ولا يفيد قصور معارضته مع الشاهدين .

نعم يمكن استظهار هذا المرام من بعض الروايات الماضية ، كقوله عليه السلام « كان شهودهم سواء في العدد والعدالة »[1] ، لانه كما يدل على الترجيح بالاكثرية اذا كان بينة كل منهما الشاهدين كذلك يدل عليها اذا كان بينة أحدهما الشاهدين وبينة الاخر الشاهد واليمين، لان قضية مفهوم القيد اعتبار تساوي عدد الشهود في القضاء بالقرعة ويصدق عدم التساوي اذا كان بينة أحدهما الشاهد واليمين .

الأأن يقال :انه يدل على الترجيح بالاكثرية اذاكان شاهد كل منهما متعدداً بقرينة لفظ العدد والشاهد، واليمين ليس كذلك فهو ليس من باب مورد الرواية. أو يقال : موردها ماإذا كان حجة كل منهما الشهود ، والشاهد واليمين ليس شهوداً ، لان المركب من الشيء وخارجه خارج عنه .

ويدفعه مامر من أن الحجة انما هي الشاهد الواحد ، واعتبار اليمين شرط له استظهاراً وقد يتوهم العكس أن الشاهد يقوى جانب المدعى فيكون الميزان

(١) هي رواية البصري المتقدمة الوسائل ج١٨ ب١٢ ح٥.

هي اليمين كالمنكر الذي جانبه أقوى من المدعي الذي لابينة له ، وهو ضعيف وسخيف .

الا أن يقال : ان المدعى في المقام القضاء بالشاهدين من دون حلف وعدم الاعتناء بالشاهد واليمين ، بمعنى عدم صلاحيتها للمعارضة وفرض وجودهما كعدمهما. وهذا النحو من الترجيح مااستظهرناه من قوله « سواء في العدد » ، بل استظهرنا منه ترجيح جانب من كان شهوده أكثر وتقديم قوله ليمينه ، وهذا غير الترجيح المطلوب في المقام . والله العالم .

التقـاط

[التقدم التاريخي في احدى البينتين]

ذكروا من أسباب الترجيح اختصاص احدى البينتين بزيادة التاريخ فالاكثر على تقديمها ، كما اذا شهدت احداهما بالملك منذ سنتين وشهدت الاخرى بالملك الفعلي الاني أو منذ سنة .

وذكروا في وجـه ذلك أنهما يتعارضان في الزمان المشترك فيـه ويبقى الاستصحاب ـ أعني استصحاب الملك السابق على ذلك الزمان ـ سليمـاً عن المعارض . فيرجع اليه : اما لكون الاصل مرجحاً لما يوافقه من الدليل ، أو لكونه مرجعاً بعد الحكم بتساقط المتعارضين .

ولابد أن تفرض المسألة فيما اذا صرح صاحب الزيادة بالملك في الزمان المشترك فيه المشتمل على الملك الفعلي من غير استناد الى الاستصحاب ، والا بأن شهدت بالملك في ذلك الزمان استصحاباً فلا ريب في تقديم الاخر ، لعدم صلاحية الاستصحاب لمعارضة الدليل .

هذا ، وقد يناقش فيما ذكروه بأن شهادة صاحب الزيادة بالملك في الزمان

المشترك فيه ـ أعني الملك الحالي ـ شهادة بالبقاء وشهادة الاخرى شهادة بالحدوث . وهو أقوى ، لاحتمال كون الشهادة بالبقاء مستندة الى الاستصحاب وعدم احتمال ذلك في الشهادة بالحدوث . فيجمع بينهما بالعمل بالشهادة بالحدوث ، لعدم كون ذلك رداً للشهادة بالبقاء بخلاف العكس ، فان العمل بالشهادة بالبقاء رداً صريحاً للشهادة بالحدوث .

والجمع بين الدليلين مهما أمكن واجب ، كما أوضحنا ذلك في الصورة الرابعة من المسألة الثالثة ـ أعني ماإذا شهدت بينة الداخل بالمقيد وبينة الخارج بالمطلق ـ فارجع اليها .

والى هذا يرجع ماذكره في القواعد من الدليل على عدم الترجيح والبناء على التساوي على مافهمه الفاضل في كشف اللثام .

ويمكن المناقشة فيه :بأن هذا خروج عن مفروض الكلام الذي هو الترجيح بزيادة التاريخ وعدمه ؛ فان هذه الحيثية انما تتحقق فيما لايجري فيه التحقيق المزبور ، كما اذا فرضنا استناد كل من الشاهدين الى أصل أو أمارة واحدة واختلفا في زيادة التاريخ ونقصانه ، مثل ما اذا اعتقد كل واحد من البينتين كون يد الثالث الذي فرضنا المدعى به فيها يداً من قبل كل واحد من المتداعيين ، بأن اعتقدت بينة زيد ملكية العين التي في يد عمرو له باعتقاد كون عمرو وكيلا أو مملوكاً له فشهدت له بالملك واعتقدت بينة الاخر مثل ذلك فشهدت له .

فحينئذ لايمكن القول بتقديم الشاهد بالملك المتأخر بملاحظة احتمال استناد الشاهد بالملك السابق الى الاستصحاب دون الشاهد بالملك اللاحق . ففي مثله يتم ماذكره الاصحاب من تعارض البينتين في الزمان المشترك فيه وبقاء استصحاب ملك الزمان السابق سليماً عن المعارض .

الأن هذا الاستصحاب مما لايقول به العلامة، كما أشار اليه في هذه المسألة

بقوله « وثبوت الملك في الماضي انما يثبت تبعاً لثبوته في الحال » . وحاصله: ان شرط الاستناد اليه أن تكون الحالة السابقة مشهوداً بها بوصف احتمال بقائها الى آن القضاء ، بأن تصرح البينة بعدم العلم بزوالها . فلو شهدت بالملك في الاسس من دون هذا التصريح فليس للحاكم الاستناد اليه . وهو وجه آخر من الوجهين اللذين ردبهما على مختار الشيخ من التساقط في الزمان المشترك والاخذ بالملك السابق استصحاباً .

| صور اختلاف التاريخ في البينات |

وكيف كان فنحن نوضح الحال في المسألة بذكر شقوقها وضروبها ، لان الاختلاف في زيادة التاريخ ونقصانه يكون في صور : من حيث كون كل من البينتين مطلقتين أو مستندتين الى أصل أو أمارة أو مختلفتين . ومن حيث كون بينة الملك الحادث قد تكون مصرحة بالحدوث وقد تكون مطلقة .

(الاولى) أن يكون مستند بينة الملك السابق بالشهادة بالملك في الزمان المشترك هو الاستصحاب ومجرد الاتكال على الحالة السابقة بأن علم ذلك منه بالتصريح ونحوه ، وقد يكون مستند بينة الملك المتأخر هو العلم بالناقل بأن علم منه ذلك بالتصريح ونحوه . والحكم في هذه الصورة في غاية الوضوح كما ذكرناه مراراً ، وهو ترجيح بينة الملك المتأخر ، لان التعارض بينهما يرجع الى التعارض بين النفي والاثبات وبين الدراية وعدم الدراية مثل تعارض الجارح والمعدل . ومن الواضح تقديم المثبت ، لان الاخذ بقوله ليس تكذيباً لقول الثاني الذي يرجع نفيه الى نفي العلم بالمزيل .

وكلام العلامة في القواعد غير منطبق على هذه الصورة، اذ لاوجه في مثله لترجيح الشاهد بالاقدم ولا للتوقف والتساقط . وكذا كلام الاصحاب لابد أن

ينزل على غيرها، اذ لاوجه لتقديم الملك الاسبق في هذا الفرض، مع أن ظاهر عنوان المسألة باختصاص احدى البينتين بزيادة التاريخ وجعلها من أسباب الترجيح ما اذا كان للزيادة مدخل في الحكم في هذه الصورة ، وانما جاء الترجيح من جهة أخرى لامن جهة الزيادة والنقصان .

الا أن يقال : انه لولا زيادة التاريخ ـ كما اذا قال أحدهما اني أعلم انه ملكه منذ كذا ولا أعلم مزيله الان وقال الاخر اني أعلم انه ملكه بشراء ونحوه ولم يؤرخ ـ لم يحكم فيه بتقديم الغير المؤرخ . لاحتمال أن يكون قد اعتمد في الملك الحالي بالاستصحاب، بأن كان الشراء الذي علم به قبل التاريخالذي شهد بالملك فيه واستصحبه .

ومع تطرق هذا الاحتمال لايحكم بترجيح غير المؤرخ ، فللزيادة حينئذ مدخل فيالحكم حينئذ. لكن يدفعه أنهامؤثرة فيالحكم بتقديم الملك المتأخر لاالقديم . فتدبر .

(الثانية) أن يكون مستند بينة الاقدم في الزمان المشترك تصرف المشهود له أو الملكية الظاهرية المستندة الى التصرف ، مثل ماإذا اعتقد كون يد الثالث الذي فرضنا كون العين في يده يداً من جانب المشهود لـه لكونه وكيلا أو مملوكاً، وكان هذا الاعتقاد هوالباعث على الشهادة بالملك الاقدم معاستمراره الى آن الشهادة باعتبار استمرار يد ذلك الثالث . ويكون مستند بينة الملك القديم المتأخر عن الاول غير معلوم بأن تشهد بالملك فيابتداء سنته ، ولميعلم أن المراد هو الملك الظاهري المستند الى بعض الاصول والامارات أو الملك الواقعي .

وفي هذه الصورة أيضاً لابد منتقديم بينة الملك القديم ـ أعنيالمتأخر ـ

أخذاً بظاهر شهادته وحملا لها على الملك الواقعي ، فيكون دليلا على بطلان مستند بينة الاقدم ـ أعني المتصرف .

والسر في ذلك أيضاً أن التعارض بينهما في الحقيقة يرجع الى النفي والاثبات لان مرجع الشهادة بالتصرف أو بالملك الظاهري المستند اليه الى الشهادة بالسبب مع عدم العلم بالفساد ، ومرجع الشهادة بالملك المطلق حينئذ العلم بفساد ذلك المستند بعد حمله على الملك الواقعي، كما هو قضية ظاهر الشهادة شرعاً وعرفاً لان الشهادة بالامور الحسية أو مايجري مجراها من الامور المنتزعة من الاثار الحسية كما ينزل على الاحساس لاعلى الحدس كذلك ينزل على واقعها لاعلى مايعم الواقع والظاهر . فتدبر .

وبذلك يندفع مالو قيل ـ كما في كشف اللثام ـ أن بينة القديم يحتمل أن تكون قد اعتمدت باليد، وهي أعم من الملك، فلاتكون دليلا على فساد مستند الاقدم، فلا يرجع الى « أدري » في مقابل « لاأدري » كما قررت ، وانما يكون كذلك لو علم أنها انما شهدت بالملك من غير الجهة التي شهدت من جهتها بينة الاقدم ـ أعني التصرف .

وجه الاندفاع : ان هذا الاحتمال في مقابل ظاهر الشهادة لايعتنى به الااذا توقف الجمع بينها وبين البينة المعارضة على الاعتناء به ، كما ستعرف في صورة اطلاق البينتين، فلو أمكن الجمع بغير التنزيل على هذا الوجه الذي هو احتمال صرف في مقابل أدلة تصديق البينة فلا يصار اليه .

ولا يذهب عليك أنا لانقول بأن ظاهر الاخبار كون المشهود به غير مستند الى أصل أو أمارة، لان هذه الدعوى لامعنى لها بعد سكوت ألفاظ الشهادة وحال الشاهد عن تعيين المستند الا من جهة الحس والحدس . فافهم .

بل نقول : ان الاعتناء بذلك الاحتمال يوجب عدم العمل بالشهادة بالملك

حيثما يتوقف على عدم الاعتناء به ، كما اذاكانت البينة غير معارضة، فانتنزيلها على الملك المستند الى أصل أو أمارة لاتنفع في مقابل يد المنكر . ولـذا لو صرح ببينة الخارج بذلك لمتصلح ميزاناً للحاكم على أحد الوجهين أوالقولين بل أقواها ، فلابد من القاء هذا الاحتمال الا اذا استلزم عدم الالقاء طرح بينـة أخرى فيجب عدم الالقاء جمعاً بين البينتين ، كما في صورة اطلاق اليمين في الصورة الاتية .

وفيما نحن فيه لايتوقف الجمع بين البينتين على الاعتناء بهذا الاحتمال ، اذ لوحملنا بينة القديم على الملك الواقعي الغير المستند الى اليد أوالاستصحاب مثلا حصل التوافق بينهما وبين الاقدم الذي علم استناده الى مجرد التصرف .

وان شئت قلت : ان الاعتناء باحتمال كون المشهود به ظاهرياً مستنداً الى أمارة ظاهرية انما يكون اذا كان في مقابله بينة أخرى يكون التعارض بينهما بعد الاعتناء بذلك الاحتمال من قبيل التعارض بين النفي والاثبات وبين الدرايـة وعدم الدراية .

وهنا ليس الامر كذلك ، اذ لو حمل بينة القديم على كونها مستندة الى اليد مثلا فبينة الاقدم ليست مشتملة في هذه الصورة على العلم بفساد ذلك المستند ، اذ الفرض أنها انما شهدت بالملك الاتي باعتبار الاستناد الى التصرف السابق المستمر الى آن الشهادة القديم، وهو ليس ادعاء للعلم بفساد مستند القديمحتى يعمل بشهادته بعد تنزيل شهادة القديم على أخس المستند ــ أعني الاصل أو الامارة ــ كما يفعل ذلك اذا توقف الجمع بين اليمين عليه .

والحاصل ان الاصل في الشهادة قبولها بموجب مايشهد بـه وحملها على أشرف المستندات الا اذا توقف الجمع بينها وبين البينة المعارضة علىخلافه ، وحينئذ فلابد منحملشهادة القديم علىأشرف المستندات، وهوالعلمالوجداني

بالملك الواقعي، اذ قد يترتب في هذه الصورة على تنزيلها على أخسها ـ أعني الاصل أو الامارة التعبدية ـ فائدة الجمع كما ظهر ، فلا وجه له .

هذا ، ثم ان تقديم بينة القديم في هذه الصورة يمكن درجها تحت الاصل المزبور ، أعني الترجيح بالزيادة اذا كانت في احدى البينتين زيادة، لان الزيادة على قسمين صورية ومعنوية ، والصورية مثل اشتمال احداهما على زمان غير مشتمل له الاخرى كالاقدم والقديم، والمعنوية أن تكون مضمون احدى البينتين أخص من مضمون الاخرى، فالخصوصية زيادة يؤخذ بها، لعدم منافاتها مع الاخذ بالعام كما في المقام ، فان بينة الاقدم انما شهدت بالتصرف الذي هو أعم من الملك ، بخلاف بينة القديم فانها شهدت بالملك الذي هو أخص من اليد .

(الثالثة) أن تكون كل واحدة من البينتين مطلقة محتملة للاستناد الى أصل أو أمارة بحيث يكون المشهود به في كليهما نفس الملك الظاهري والى العلم الوجداني على وجه يكون المشهود به هو الملك الواقعي .

وهذه الصورة مورد كلمات القدماء في مسألة تعارض القديم والاقدم ، والذي يقتضيه النظر في المقام أيضاً هو ترجيح القديم على الاقدم لا ماهو المشهور كما في المسالك ـ أعني العكس ـ لما ذكرنا من أن الشهادة بالبقاء أضعف من الشهادة بالحدوث ، لاحتمال استناد الاولى الى الاستصحاب دون الثانية، فيجمع بينهما حينئذ بحمل مايحتمل استناده الى الاستصحاب عليه وحمل الاقوى على العلم بالمزيل ولو كان أمارة كاليد كما أوضحناه في الصورة المتقدمة.

لايقال : كما يحتمل استناد الشهادة بالبقاء الى الاستصحاب كذلك يحتمل استناد الشهادة بالحدوث اليه أيضاً، وذلك بأن يكون مستند بينة الحدوث ـ أي القديم ـ هو الشراء الذي استند في صحته الى استصحاب كاستصحاب بقاء ملك البائع المعلوم له سابقاً قبل تاريخ الاقدم ، وحينئذ ينقلب الامر فتكون الشهادة

بالحدوث شهادة بالبقاء وشهادة بالبقاء شهادة بالحدوث في أول زمان علمه ـ أي منذ سنتين ـ فلا مرجح لاحداهما على الاخرى من تلك الحيثية ـ أعني حيثية احتمال الاستناد الى الاستصحاب وعدمه .

لانا نقول : أولا ـ ان ظاهر الشهادة هو الملك الواقعي ، وحيثما يحتمل العلم في حق الشاهد حملناها عليه ، وهو ـ أي العلم ـ بالملك الواقعي في الزمان المشترك غير محتمل في حق بينة الاقدم أو غير معتبر ، لان غاية مايقال في حقه انه علم بالملك الواقعي في ابتداء سنتين أو بالملك الظاهري المستند الى التصرف مثلا علم ببقاء ذلك الملك في أول الان المشترك فيه ـ أعني رأس السنة ـ .

ولا ريب أن علمه بالبقاء يتوقف على العلم بعدم طرو المزيل في تلك المدة وهذه هي الشهادة على النفي ، وهي اما غير مسموعة أو غير صالحة لمعارضة الشهادة بالاثبات . بخلاف بينة القديم ، فان علمه بالملك الواقعي في ابتداء السنة أمر محتمل ، ولا يرجع الى الشهادة على النفي والعلم بالعدم ، لامكان علمه في ابتداء السنة بعد حصول الملك الواقعي للاخر . وحينئذ فلابد من الجمع بينهما بحمل بينة القديم على الاستناد الى الاستصحاب وحمل بينة القديم على العلم بسبب الملك الواقعي في ابتداء السنة كالحيازة ونحوها ممالايحتمل فيه شيء ليستند في رفعه الى الاصل . لما عرفت من وجوب حمل الشهادة في مقام التعارض على الوجه الذي يحصل به الجمع .

وهذا الوجه هنا منحصر فيما قلنا ، اذ لو حملنا بينة القديم على الملك الظاهري والاقدم على الملك الواقعي ، فهذا موقوف على امكان علم بينة الاقدم بالملك الواقعي في رأس السنة الثانية من غير أن يرجع الى الشهادة على النفي. وقد عرفت أنه متعذر ولو حملناها على الملك الظاهري لم يرتفع التعارض كما

لايخفى ، فانحصر المناص في حمل الاقدم على الملك المستند الى الاستصحاب والقديم على الملك المستند الى المزيل .

فان قلت : أي دليل على هذا النحو من الجمع .

قلنا : أسلفنا الكلام في هذا الجمع واستدللنا عليه بظاهر الاصحاب في تعارض البينتين وبأدلة وجوب العمل بالبينة مهما أمكن في المسألة الثالثة من مسائل التعارض .

وثانياً ـ ان احتمال استناد الشهادة بحدوث الملك منذ سنة الى الاستصحاب غير قادح في كونها شهادة بالثبوت بالنسبة الى شهادة بينة الاقدم بذلك الملك ، لما أشرنا اليه في الصورة الثانية من أن الاحتمال الذي لايكون الاخر بالنسبة اليه « أدري » لايقدح . ومن الواضح أنه لو كان بينة القديم مستندة الى الشراء المبني على استصحاب ملك البائع .

فهذا احتمال لايدفعه بينة القديم، لان غاية مايلزم منه ثبوت الملك في رأس سنتين ، وهو لايرفع استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنة مع عدم معلومية زمان ملك البائع لنا ، لان قضية ثبوت الملك في رأس سنتين استصحاب هذا الملك الى رأس السنة، وقضية ثبوت الملك للبائع قبل السنة مهملا استصحابه الى رأس السنة أيضاً ، فيقع التعارض بين الاستصحابين .

نعم لو علم أنه مستند الى استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنتين كان بينة الاقدم حينئذ بالنسبة الى بينة القديم المستندة الى الشراء المبني على استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنتين « أدري » ، فتكون مقدمة عليه .

ولكن هذا الفرض أمر زائد على حمل مستند بينة الاقدم على الشراء المبني على استصحاب ملك البائع ،لان الاقتصار على صرف هذا الحمل لايقتضي كون

ملك البائع معلوماً لها قبل السنتين ، اذ لايتوقف كون المستند استصحاباً على فرض الحالة السابقة قبل سنتين ، فلو كانت الحالة السابقة بعد رأس السنتين وقبل رأس السنة كان المستند أيضاً استصحاباً .

والحاصل ان حمل مستند الشاهد على الاستصحاب اذا لم يكن الاخر بالنسبة اليه بمنزلة « أدري » كان كحمله على الملك الواقعي ، وانما يختلفان اذا رجع محصل البينتين بعد حمل احداهما على الاستصحاب الى تعارض « أدري » و « لاأدري » ، والمفروض أنه لايرجع محصل بينة الاقدم والقديم الى ذلك ولو بعد حمل بينة القديم في شهادته بالملك في رأس السنة على الملك الظاهري المتوقف على الاستصحاب .

وانما يرجع الى ذلك لو حمل على الملك الظاهري المستند الى استصحاب خاص ، وهو الشراء المبني على استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنتين . وهذا الحمل خارج عن مفاد بينة القديم سواء حملناها على الملك الواقعي أو الظاهري . بخلاف العكس ، فان بينة الاقدم بعد تنزيلها على الملك المستند الى الاستصحاب يكون النسبة بينهما وبين بينة القديم كنسبة « لاأدري » الى « أدري » سواء حملت بينة القديم على الملك الظاهري المحض أو الواقعي .

والحاصل ان مضمون بينة القديم سواء كان واقعياً أو ظاهرياً لايرجع الى « لاأدري » على وجه يكون بينة الاقدم في مقابلها « أدري » ، بخلاف بينة الاقدم ، فانها على تقدير حملها على الظاهري ترجع بالنسبة الى الملك في الزمان المشترك ـ أعني رأس السنة ـ الا الى « لاأدري » على وجه يكون بينة القديم بالنسبة اليه « أدري » ، لان الشهادة بالحدوث ولو كان ظاهرياً شهادة على الاثبات والشهادة بالبقاء اذا كان ظاهرياً شهادة بالنفي والشهادة بالاثبات مقدم على الشهادة بالنفي .

هذا ، ويمكن الخدشة في ذلك بأن بينة القديم اذا كانت منزلة على الملك الظاهري تكون النسبة بينها وبين بينة الاقدم نسبة « لاأدري » الى « أدري » على تقدير ويكون الامر بالعكس على تقدير آخر ، وذلك لان ذلك الملك الظاهري الذي ينزل عليه بينة القديم ان كان ملكاً ظاهرياً مستنداً الى شراء المشهود له من البائع الذي علم بملكه بعد رأس السنتين وقبل السنة كان الامر بالعكس، فتكون بينة الاقدم حينئذ بمنزلة « لاأدري » وبينة القديم بمنزلة « أدري » .

ولو كان ظاهرياً فبمجرد حمل بينة القديم على الشراء المستند الى الاستصحاب لاترجع الى الشهادة بالثبوت في مقابل الشهادة بالنفي، بل يحتمل فيه الامران ، وهو منشأ التوقف والتساقط لعدم تمحضها حينئذ في الشهادة بالاثبات وعدم تمحض بينة الاقدم في الشهادة بالنفي حتى يحكم بتقديم القديم لاحتمال رجوع كل منهما الى النفي مع رجوع الاخر الى الاثبات .

وما يقال من تقديم الاثبات على النفي ، انما هو في جهتي الاثبات والنفي فلو احتمل في النفي جهة اثبات وفي الاثبات جهة نفي لم يمكن حينئذ ترجيح أحدهما على الاخر ، لعدم معلومية المراجعة الى الاثبات الذي لاينفيه الاخر ، بل انما ينفي العلم به عن المراجعة الى النفي الذي يثبته الاخر .

وهذا أصل في جميع صور تعارض النفي والاثبات ، فان الجمع بينهما انما هو اذا كان النفي بمنزلة « لاأدري » والاثبات بمنزلة « أدري » ، وأما مجرد النفي والاثبات فلا يجمع بينهما .

هذه صور الاختلاف بالقدم والاقدم ، وبقي صورتان أخريان ذكرهما في القواعد :

(الاولى) أن تكون احدى البينتين تشهد بالملك السابق الى الحال ، كأن يقول « اني أشهد أنه ملكه من سنة أو سنتين الى هذا الان » وتشهد الاخرى

بالملك الاتي خاصة ، وهي المسماة بتعارض القديم والحادث ، والحكم فيها هو الحكم في تعارض القديم والاقدم .

(والثانية) أن تكون احداهما ذات تاريخ معين والاخرى مطلقة، بأنيقول « اني أشهد أنه ملكه من السابق الى الان » ولم يعين بدو الملك .

ولا يذهب عليك أن الاولى ليست من قبيل تعارض المؤرخ والمطلق ، والحكم هو التوقف ، ولا استصحاب هنا لاحدهما بعد التساقط . ولو قلنا في تعارض القديم والاقدم بوجوب الاخذ باستصحاب الملك في الزمان السابق الذي يختص به الاقدم ، وذلك لان استصحاب الملك في هذه الصورة يجري في كلا الجانبين ، لانه اذا سقط البينتان فمقتضى استصحاب الملك في التاريخ المطلق المجهول بقاء الملك في الحال، ومقتضى استصحاب الملك في التاريخ المعين أيضاً كذلك فيتعارضان .

فعلى المشهور في مسألة تعارض القديم والاقدم من تساقطهما في الزمان المشترك والرجوع الى استصحاب الملك في الزمان المختص . ينبغي في هذه الصورة التحالف مثلا فضلا عن القول الذي أبداه العلامة من التساوي وعدم جواز التعويل على هذا الاستصحاب .

وهل الحكم كذلك على تقدير ترجيح القديم كما أبديناه . والظاهر لا ، لان وجه تقديم القديم على الاقدم وهو كون بينة القديم ولو كان ظاهرياً راجعة الى الاثبات في مقابل الشهادة بالنفي لايجري هنا ، لان جهل التاريخ يمنع عن كونه شهادة بالحدوث ، لاحتمال كون التاريخ المجهول قبل التاريخ المعين .

نعم لووجهنا تقديم بينة القديم بما مر مراراً، وعليه أيضاً من وجوب الجمع عند امكان حمل احداهما على مالا تحتمله الاخرى كان اللازم هنا أيضاً الجمع

بينهما بحمل شهادة المؤرخ على الملك الاستصحابي ، وحمـل الشهادة الغير المؤرخة على العلم بالمزيل . والله العالم .

توضيح وتنقيح

[مستند الشهادة حجة عند تعارض البينة]

واعلم أنه اذا لم تكن البينـة معارضة بأخرى لـم يلتفت الى مستند شهادته ووجب المضي على ظاهر ماتشهد به ، لعدم الداعي الى النظر في مستند الشاهد مع عدم المعارض اذا كانت وافية ومنطبقة على الدعوى. وأما اذا كانت معارضة بأخرى فههنا وجوه :

(الاول) أن يقـال : انه يجب تنزيل كل منهما على المشهود بـه الواقعي ملكاً كان أوغيره ، ويتفرع عليه تخريب قاعدة الجمع بين البينات المتعارضة، لاستحالة كون الواقع في جانب كل واحد منهما الا في بعض الصور ، فتكون قاعدة الجمع غالباً ملغاة لعدم امكانه بعد حمل كل منهما على الواقـع الا نادراً كما سنشير .

(والثاني) أن يقال : انه يجب أن يكون تنزيل كل منهما على المشهود به الظاهري ، فاذا شهدت بينة بأن هذه العين مثلا ملك لفلان وشهدت أخرى بأنها ملك لاخر، وجب تنزيل شهادة كل منهما على الملك المستند الى أصل أوأمارة كاستصحاب ويد ونحوهما .

وعلى ذلك يبنى تأسيس قاعدة الجمع بين البينات في الجملة ، فان هـذا التنزيل ربما يفيد الجمع وربما لايفيده. وذلك لان الاصول والامارات في أحد الجانبين انكانت محتملة للاخرى تعذر الجمع لاستلزامه الترجيح بلا مرجح. وأما اذا احتمل في احداهما أصل أوأمارة لم تحتمل في الاخرى بحيث لوحملنا

عليها لم يكن منافياً للاخرى ، لكونها محمولة على بعض الوجوه الغير المنافية له حصل بحملها عليه الجمع بين البينتين ، ويظهر مثاله للمتأمل فيما قدمناه .

(والثالث) أن يقال :انه يجب تنزيل كل منهما على وجه يحصل به الجمع سواء كان بحملهما على الظاهري أو بحمل احداهما على الظاهري والاخرى على الواقعي مع عدم تساوي البينة حذراً من الترجيح بلامرجح، وعلى هـذا أيضاً ينقدح وجه الجمع بين البينتين .

والفرق بينهما وبين السابق هو أن دائرة الجمع على هذا أوسع منها على الوجه الثاني .

ويتفرع عليه أنه لو شهدت احداهما بالملك المطلق والاخرى بالشراء وجب الجمع بتقديم بينة الشراء لانه الملك المسبب .

لايقال : ان الملك أخص من الشراء ، وقد ذكرت في الصورة الثانية أن الخاص يشتمل على زيادة معنوية ، والترجيح بالزيادة واجبة .

لانا نقول :هذا مبني على ملاحظة الوجه الاول من هذه الوجوه، فان الشراء والملك اذا حملناهما على الواقعي لزم تقديم الملك، لان الشراء الواقعي يمكن فاسداً غير مؤثرة في افادة الملك الواقعي ، بأن يكون البائع مثلا غير مالك في الواقع. لكن الملك الواقعي لايعقل أن يكون فاسداً، فبعد حملهما على الواقع وجب تقديم الملك .

وهذا هو المورد النادر الذي قلنا بتحقق الجمع فيه أحياناً على الوجه الاول وأما على الوجه الثالث فالجمع يحصل بتقديم الشراء، وذلك لان كل مايجري في الشراء من الاحتمالات المنافية للملك الواقعي يحتمل في الملك المطلق أيضاً لان ماينافي العام ينافي الخاص ضرورة. وأما مايجري ويحتمل في الملك المطلق

فبعضها لايجري في الشراء ، وذلك بأن يكون الملك المطلق مستنداً الى يـد مستندة الى الاستعارة من البائع .

وتنزيل الملك المطلق على هذا الوجه يحصل به الجمع ، لعـدم المنافاة بين الملك الظاهري بهذا المعنى ، أعني المستند الى يـد الاستعارة من البائع وبين الملك الواقعي الحاصل من الشراء من المعير ، فانما قلنا بأن الجمع بأي وجه أمكن لازم تعين حملهما على هذا الوجه .

فان قلت : كما يحتمل استناد الملك الى يد الاستعارة من البائع كذلك يحتمل مثل ذلك في ملك البائع الذي كان الشراء منه فيتعارض الاحتمالان فلا يمكن الجمع .

قلت : كل مايحتمل في ملك البائع أو في سائر مقدمات الشراء الصحيح الواقعي من الامور المنافية لافادته الملك الواقعي يحتمل أيضاً في الملك المطلق لان كـل سبب يفرض للملك يحتمل فيه بعض مايجعله سبباً ظاهرياً غير مفيد للملك الواقعي .

ولكن يحتمل في الملك المطلق شيء لايجري في الشراء ، وهـو استناده الى يد الاستعارة من البائـع الواقعي ، فانه اذا حملنا الملك المطلق على هـذا الاحتمال سلم الشراء الصادر منه عماينافي افادته الملك الواقعي من الاحتمالات .

بخلاف تنزيل الشراء على ماأبديت من الاحتمال ـ أعني كونه من البائع الذي كان ملكه ظاهرياً ـ فانه لو حمل الشراء على ذلك لم يسلم الملك المطلق عما يوجب كونه ظاهرياً ، اذ لامنافاة بين كون ملك البائع ظاهرياً وكون الملك المطلق أيضاً ظاهرياً ، بأن تكون العين لثالث غير المتداعيين .

والحاصل ان احتمال كـون البائع غير مالك واقعـاً معارض باحتمال كون المطلق أيضاً ظاهرياً ، فبعد حمل الشراء على الشراء من مستصحب الملكية لتتعارض

الاحتمالات ولا يحصل الجمع ، بخلاف حمل الملك المطلق على الاستعارة من البائع ، فانه على تقدير هذا الحمل سلم الشراء عما يوجب فساده ويكون شراء صحيحاً ملكاً ، وحينئذ فيجب الجمع بحمل مايحتمل كونـه مستنداً الى سبب ظاهري لايجري في الاخر على ذلك السبب الظاهري .

وبذلك ينقدح وجه جمع آخر في مسألة تعارض القديم والاقدم، لان جميع الاحتمالات المنافية للملك الواقعي التي تحتمل في القديم تحتمل في الاقـدم أيضاً . بخلاف العكس، وذلك انه ليس للملك الذي يشهد به بينة القديم بحمل ظاهري لايكون في الملك الاقدم ـ أعني الملك في الزمان المشترك وهو رأس السنة ـ لان غاية مافي الملك القديم ابتناؤه على استصحاب يكون بينـة الاقدم بالنسبة اليه مزيلا ، بأن تكون الحالة السابقة مقدماً على السنتين .

وهذا الاحتمال معارض بالمثل ، اذ يحتمل أن يكون مستند بينة الاقدم في رأس السنتين استصحاباً يكون بينة القديم بالنسبة مزيلا ، بأن يكون بينة الاقدم قد علم بالملك قبل السنتين ، وانما شهد به في رأس السنتين استصحابه لـه ، وبينة القديم قد علم بانتقال الملك منه الى شخص بعد ذلك الزمان وقبل السنتين ثم علم بيعه للمشهود لـه في رأس السنة فشهد بالملك له في رأسها ، فان بينـة القديم في هذا الفرض مزيل لبينة الاقدم كما ان استصحابه مزيل لاستصحابه .

بخلاف بينة الاقدم، فان فيها بعض مايختص به من الوجوه الظاهرية، وهو استصحاب الملك من رأس السنتين الى رأس السنة ، فان هذا الاستصحاب غير متصور في مستند الملك القديم ، فاذا حملنا بينة القديم على الاعتماد على هذا الاستصحاب تمحض ببينة القديم مزيلا لسلامته عن هذا المحمل بعد مساواتهما في سائر الوجوه ، فيكون بينة الاقدم بمنزلة « لاأدري » مزيلا للملك الثابت

في رأس السنتين وبينة القديم بمنزلة « أدري » ، فيعمل ببينة القديم كما في مسألة الجرح والتعديل .

وقد يناقش في ذلك بمنع تمحض بينة القديم في كونه مزيلا له ، بل انما يتمحض في ذلك اذا كان نصاً في العلم بالمزيل . وليس كذلك ، لاحتمال رجوع التعارض بينهما الى الملك الثابت في رأس السنتين ، بأن تكون شهادة بينة القديم بالملك في رأس السنة باعتبار اعتقادها عدم الملك في رأس السنتين أيضاً .

والحاصل أنه على تقدير رجوع شهادة بينة الاقدم بالملك في رأس السنة الى قوله « لاأدري » المزيل للملك السابق كما هو مبنى الجمع ، يحتمل أن يكون معارضة بينة القديم لها في هذه الجهة ـ أعني جهة عدم العلم بالمزيل ـ فتكون المعارضة في بقاء الملك السابق وعدمه بعد التسالم على حدوثه في رأس السنتين .

ويحتمل أن تكون المعارضة في الملك السابق ، بأن يكون تكذيب بينة القديم لها في رأس السنة باعتبار التكذيب في الملك السابق الثابت في رأس السنتين. وعلى هذا الاحتمال لاتكون بينة القديم مزيلة لبينة الاقدم بل معارضة لها.

وهذا هو الوجه في ذهاب الاكثر في مسألة تعارض الملك المطلق والمسبب عن الشراء مثلا الى ترجيح المسبب وعدم ذهابهم الى ترجيح بينة القديم ، لانه على تقدير حمل الملك المطلق على الملك الظاهري المستند الى يد العارية ونحوها يتمحض بينة الملك المسبب عن الشراء مزيلة ، فيؤخذ بها جمعاً ، لعدم المنافاة بين ثبوت الملك الظاهري لاحد بموجب يده مثلا وبين تملك الاخر واقعاً بموجب الشراء .

فمقتضى القاعدة المسلمة عندهم من عدم معارضة « لاأدري » مع « أدري » يجب تقديم المسبب ، لانه بمنزلة « أدري » والملك المطلق بمنزلة « أدري »

بعض أسباب الملك ظاهراً ولا أعلم مزيله . بخلاف مسألة القديم والاقدم، فان غاية مايتصور في الاقدم حملـه على الاستصحاب من رأس السنتين الى رأس السنة ورجوع الشهادة بالملك في رأس السنة الى قوله « لاأدري » بالمزيل .

وهذا لايكفي في حصول الجمع بتقديم بينة القديم ، لاحتمال عدم كونها بمنزلة « أدري » المزيل كما ظهر ، فلابد من تنزيلها بعد تنزيل بينة الاقدم على الاستصحاب المزبور على علمها بالمزيل لابعدم الملك السابق ليرجـع الى التعارض والتكاذب .

وأيضاً الجمع بين المطلق والمقيد انما هـو بحمل المطلق على مستنـد ظاهري ، وهكذا جميع صور الجمع بين البينتين التي صرحوا بها في مسائل تعارض البينات، فان الجمع فيها انما هو بحمل احداهما على مستند خاص ظاهري.

وهذا غير الجمع المعمول في تعارض القديم والاقدم، فانه جمع بالتصرف في مدلول احدى البينتين ، وهي بينة القديم بحمله على الملك الحادث الرافع للملك السابق مع كون المدلول محتملا غير ذلك، وهو الملك الحادث الرافع للملك السابق الثابت في رأس السنتين للاخر ، بأن كان معتقده عدم ذلك الملك السابق.

فالجمع في مسألة القديم والأقدم يخالف الجمع في مسألة المطلق والمقيد وهكذا في مسألة الجارح والمعدل ومسألـة تعارض النافي والمثبت ، وهكذا سائر موارد الجمع من جهتين : احداهما أن الجمع في تلك الموارد يحصل بتنزيل واحد في احدى البينتين بخلاف الجمع في هذه، فانه كما عرفت يحتاج الى تنزيل بعد تنزيل آخر . وثانيتهما أن الجمع فيها راجع الى التصرف بحسب المستند لابحسب المدلول ، بخلاف الجمع هنا فانه جمع بالتصرف في المدلول .

لكن لقائل أن يقول : انه لاغائلة في ارتكاب الوجهين معاً، لعين مادل على التنزيل الاول ، لان قاعدة الجمع مهما أمكن كما يقتضي الجمع فيما اذا حصل

تنزيل واحد حتى يرجع الى تعارض « لاأدري » مع « أدري » كذلك يقتضية فيما اذا توقف الرجوع الى ذلك على التنزيلين مع التصرف في المدلول .

هذا ، ويمكن توجيه تقديم القديم بتقرير آخر أوضح يرجع الى الترجيح النوعي، وهوأن يقال :ان فيمسألة تعارض القديموالاقدم أمارات ثلاث تفيدكل منها بحسب النوع الظن : احداها أمارة حدوث الملك في رأس السنتين لزيد وثانيتها أمارة بقاء ذلك الملك الى رأس السنة وهو الاستصحاب ، وثالثتها أمارة حدوث الملك لعمرو في رأس السنة وهي بينة القديم .

ولا تعارض بين شيء من هذه الامارات ، الا بين أمارة البقاء في رأس السنة لزيد وأمارة الحدوث لعمرو ، فدار الامر بين العمل بأمارة الحدوث أو بأمارة البقاء ، والعمل بأمارة البقاء طرح وتكذيب لامارة الحدوث جداً . وأما العمل بأمارة الحدوث فليس طرحاً لامارة البقاء ، لان الدليل على اعتبار أمارة البقاء التي تفيد الظن نوعاً معلق على عدم مجيء أمارة على زوال البقاء ، والمفروض كون أمارة الحدوث لعمرو في رأس السنة أمارة للزوال ولو لم تكن ناطقة بعدم البقاء، الا أن عدم البقاء ـ سواء كان باعتبار عدم الحالة السابقة أوباعتبار زوالها فيرأس السنة مظنون فيرأس السنة بشهادة بينة القديم ـ فتعين العمل بها .

ولعله لاجل ماذكرنا نقل عن المحقق جمال الدين قدس سره في حاشية الروضة القول بتقديم القديم ، كما جنح اليه في محكي كشف اللثام .

فظهر من جميع ماذكرنا وجه القول المشهور في مسألة تعارض القديم والاقدم ، وهو الذي ذكرنا في المناقشة ، اذ بعد عدم مساعدة قاعدة الجمع على تقديم القديم يتعارضان في رأس السنة وما بعدها ويبقى الملك السابق في رأس السنتين سليماً عن المعارض ، فيستصحبه الحاكم .

كما ظهر أيضاً وجه القول بتقديم القديم ، وأما وجه التساقط وعدم العمل باستصحاب الملك السابق كما أبداه العلامة في القواعد ، فهو اما عدم صلاحية استصحاب الملك السابق لاثبات الملك الاتي أو عدم جريان هذا الاستصحاب أيضاً بعد تعارضهما في البقاء، لان الرجوع الى الحالة السابقة مع وجود الدليل على خلافها انما يتصور اذا كان لذلك الدليل معارض من جنسه ، بأن يكون دليل ارتفاعها واقعاً معارضاً بدليل وجودها الواقعي ، كما اذا تعارض دليل الوجوب الواقعي مع دليل الاباحة الواقعية ، فانه حينئذ يرجع الى الحالة السابقة ، وهي البراءة الاصلية لان بقاء تلك البراءة بمقتضى الظن الاستصحابي سليم حينئذ عن المعارض .

وأما اذا كان الدليل على خلاف الحالة السابقة معارضاً لنفس الظن الاستصحابي لا لدليل آخر من جنسه ناظر الى وجود الحالة السابقة في الان الثاني واقعاً لم يكن فيه للاخذ بالحالة السابقة وجه بعد فرض صلاحية ذلك الاستصحاب، أعني البقاء الذي يقضي به الظن الاستصحابي لمعارضة ذلك الدليل .

والحاصل أنه ان قلنا ان الظن الحاصل بالبقاء الحاصل من ملاحظة الحالة السابقة لا يعارض الظن بالحدوث الناشيء من بينة القديم ، فهذا يقتضي الحكم بتقديم بينة القديم جمعاً ، وهو خلاف الفرض ، اذ الفرض كما عليه المشهور التعارض بين الظنين والتساقط ، وبعد سقوط الظن الاستصحابي لم يبق هنا للحاكم استصحاب آخر حتى يعول عليه .

ودعوى ان التساقط بسبب المعارضة هو البقاء الذي كان مدلولا لبينة الاقدم فلا ينافي حكم الحاكم بالبقاء بعد سقوط مدلول تلك البينة . مدفوعة بأنه ليس هنا بقاءان يكون أحدهما مدلول البينة والاخر ميزاناً للحاكم بعد تساقط البينتين والاول أوجه كما يظهر بالتأمل . والله العالم .

التقـاط

(في تعارض المرجحات)

قد سبق في أول باب تعارض البينات أن المرجح على ثلاثة أقسام : أحدها مـا يكون من قبيل المرجحات المستعملة به في الاخبار كالاعدلية والاكثريـة والاضبطية ونحوها مما يرجع الى وجوه البينتين فيالبينتين المتعارضتين وانها صدق أحدهما على الاخر . والثاني مايكون من قبيل المرجحـات الدلالية في الاخبار ، وقـد سميناه فيما سبق بالترجيح المـدلولي . والثالث مايكون من المرجحات الخارجية كالخروج والدخول .

ثم ظهر بعد ذلك أيضاً ان مـن جملة المرجحات اشتمال احـدى البينتين على زيادة لـم تكن في الاخرى ، ثم قسمتها الزيادة الى صورية مثـل أن بينة أحدهما تشهد بالملك القديم والاخرى به في الحال ، أو تشهد احداهما بالاقدم والاخرى بالقديم، ومعنوية مثلأن يكون مدلول احدى البينتين الملك ومدلول الاخرى اليد، أويكون مدلولاحداهما الملكالمطلق والاخرى المسببكالملك الحاصل منالشراء، وهكذا الى سائر مايكون مدلول احداهما أخص منمدلول الاخرى ، فان الخاص يزيد على العام باعتبار مافيه من الخصوصية .

فاعلم أن هذه المرجحات قديقع التعارض بينها ، والذي سبق علىتفاصيله كان بياناً لحكمها مع قطع النظر عن التعارض ، فلابـد من بيان صورة مايقع بينها فيها المعارضة .

[تعارض الاعدلية والاكثرية ونحوهما]

فنقـول :

(أما المرجح الاول) ـ أعني الاعدلية والاكثرية وأضرابهما ـ فلا يتعلق

ببيان الحال فيها غرض، لان الدليل على اعتبارها ان كان هو المقيد كانت مقدمة على الجميع ، لانهـا حينئذ مرجحات منصوصة لايقاومها المرجحات الغيـر المنصوصة ، لانها مرجحات حيث لايكون مرجح .

نعم بعض صور الترجيح بالامور المزبورة ـ كأن يرجع الى عدم التعارض رأسـاً ـ لايلتفت اليها أيضاً ، مثل ماإذا شهدت احداهما بالملـك بموجب الاستصحاب وشهدت الاخرى بالمزيل ، فان الحكم بتقديم المزيل هنـا في الحقيقة جمع بين البينتين لاترجيح ، وتسميته ترجيحاً مبني على التسامح .

ففي مثل هذه الصورة لاينبغي الاعتداد بالاعدلية مثلا ولو كان اعتبارها ثابتاً بالنص تعبداً ، لان ذلك انما هو في مقام التعارض وهنا لاتعارض . وأما في مثل المطلق والمقيد فقد ذكرنا أيضاً وجه جريان الترجيح بالاعدلية فيه وعدمـه في الصورة الرابعة من صور تعارض بينة الداخل والخارج . فارجع .

وان كان وجه اعتبارها غير الاخبار ـ بناءاً على وجوب الترجيح في البينات المتعارضة ـ كانت رتبتها متأخرة عن جميع المرجحات المزبورة ، لان هذه المرجحات بمنزلة الترجيح من حيث الدلالة في الاخبـار التي مرجعها الى الجمع أو الى الترجيح من حيث المرجحـات الداخلية بالنسبة الى الاعـدلية ونحوهـا .

وكيف كان فالغرض هنا متعلق ببيان حال التعارض فيما عداها من اليـد والزيادة والاطلاق والتقييد ، ويندرج فيه مسائل :

(الاولى) تعارض الزيادة الصورية مع الدخول والخروج، وتحتها ثمان : لان الزيادة الصورية اما أن تكون في طرف الخارج أو الداخل، وعلى التقديرين فاما أن يتكلم على القول بترجيح بينة الخارج أو الداخل، وعلى التقادير الاربعة فاما أن يقال في مسألة الاختلاف في الزيادة الصورية بتقديم القديم على الحادث

أو الاقدم على القديم ، أو يقال بالعكس كما جنح اليه في كشف اللثام وقويناه بوجوه عديدة وأطوار عجيبة .

فهذه ثمان مسائل ، وانما أسقطنا الاحتمال الثالث في مسألة تعارض القديم والاقدم الذي أبداه العلامة، وهو القول بالتساقط وعدم الرجوع الى استصحاب الملك القديم أو الاقدم، لان الزيادة على هذا القول ليس من المرجحات وكذا النقصان، ولازمه عدم التكافؤ لشيء من المرجحات، يعني وجوب الاخذ بالمرجح سواء كان في طرف السابق أو اللاحق .

وتوضيح الحال في المسائل الثمان هو أنه على القول بترجيح السابق ، فاما أن يكون السبق في بينة الخارج أو الداخل . وعلى التقديرين يتكلم تارة على القول بتقديم بينة الداخل ، فهذه أربع مسائل :

الاولى : أن يكون السبق في بينة الخارج وبنينا على تقديم الخارج ، فهنا لااشكال في تقديمها على بينة الخارج مطلقاً .

الثانية : أن يكون السبق في طرف الخارج أيضاً وبنينا على تقديم بينة الداخل ، فان قلنا ان اليد مرجع لامرجح أشكل الامر في الترجيح هنا ، لان ترجيح السبق أيضاً يرجع الى تساقط البينتين والرجوع الى استصحاب الملك لان هذا الاستصحاب لايعقل أن يكون مرجحاً للبينة ، اذ الملك السابق حالة سابقة واحدة تارة يعول عليها الشاهد وأخرى يعول عليها الحاكم .

وبعد سقوط تعويل الشاهد عليها باعتبار معارضة بينة اللاحق يرجع اليها الحاكم ، فليس استصحاب الحاكم أمارة أخرى يعاضد بينة السابق على القول باعتضاد الاستصحاب للدليل فضلا عن القول بعدم صلاحية الاصل لان يكون مرجحاً، وانما يكون الاستصحاب كذلك اذا لم يكن الموافق له معولا عليه كما لو تعارض دليل الوجوب الواقعي والاباحة الواقعية. فان الحالة السابقة ـ أعني

البراءة الاصلية ـ تكون أمارة معاضدة لدليل الاباحة الواقعية الغير المستند الى الاستصحاب بل الى الحس ونحوه .

بخلاف بينة السابق ، فان شهادتها بالملك اللاحق مبنية على سبق الملك ، ومستندة الى الحالة السابقة أو محتملة للاستناد اليها ، فلا تكون كل واحدة من البينة والحالة أمارة مستقلة تصلح لاعتضاد الاخرى .

وحينئذ فيشكل الترجيح في المقام ، الا أن يقال : ان بعد تساقط البينتين يقع التعارض بين المرجعين الاستصحاب واليد، وحيث أن اليد واردة وحاكمة على الاستصحاب تعين الاخذ بها ويترجح بينة الداخل .

هذا اذا قلنا ان اليد مرجع لامرجح، وان قلنا انها مرجحة كان ترجيح بينة الداخل حينئذ أوضح وان كان السبق للاخرى ، لما عرفت من عدم صلاحية السبق للترجيح، وان اطلاق الترجيح عليه مسامحة، اذ المراد به تساقط البينتين والرجوع الى الاستصحاب ، فلايصلح للمعارضة مع شيء من المرجحات .

والثالثة :أن يكون السبق في بينة الداخل وقلنا بترجيحها على بينة الخارج وحينئذ وجب تقديمها ، سواء كانت اليد مرجعاً أو مرجحاً كما لايخفى .

والرابعة :أن يكون السبق لبينة الداخل أيضاً وبنينا على ترجيح بينة الخارج وحينئذ فان قلنا ان وجه ترجيح الخارج هو أن البينة غير مسموعة من الداخل مطلقاً، سواء كان في صورة المعارضة أم لا كما هو أحد الاحتمالات في المسألة على ماسبق وان كان قد عرفت ضعفه .

فلافائدة في هذا المرجح ـ أعني البقاء ـ اذ الفرض عدم حجية بينة الداخل والسبق انما يكون مرجحاً اذا كانت البينة التي تشهد بها حجة .

وان قلنا ان وجه الترجيح رجحان بينة الخارج باعتبار الخروج ، أشكل حينئذ في ترجيح الخارج أو الداخل من اطلاق رواية منصور ولاأقبل من الذي

في يده بينة، ومن أن عدم القبول انما هو فيصورة التكافؤ لافي صورة رجحان بينة الداخل بمرجح كالسبق ، والاول أظهر عملا باطلاق الادلة .

هذا كله على القول بالترجيح بالسبق ، وأما على القول بالترجيح باللحوق ـ كما نقل عن جمال الدين ـ فالصور أيضاً أربع مثل الصور المزبورة :

ففي الاولى لابد من النظر في أن ترجيح بينة الخارج نظير الشاهد واليمين في قبال البينة على الوجهين فيه كما تقدما، أو لاجل الترجيح بالخروج بعد كون كل من البينتين حجة ، وعلى الاولتين لافائدة أيضاً للحوق في بينة الداخل كما لايخفى . وعلى الثاني فالظاهر ترجيح بينة الداخل حينئذ لكونه بمنزلة الجمع كما سبق ، فلا يجري فيه الترجيح بالخروج ونحوه .

وفي الصورة الثانية يقدم بينة الداخل ، سواء كان اليد مرجعاً أو مرجحاً ، لتعاضد المرجحين اللحوق واليد .

وفي الصورة الثالثة يقدم بينة الخارج ، سواء كان اليد مرجعاً أومرجحاً ، لان الاخذ بالقديم نحو جمع بين البينتين كما تحقق ، فلا عبرة معه باليد على شيء من الوجهين .

وفي الصورة الرابعة يقدم أيضاً بينة الداخل بطريق أولى على جميع التقادير ، كما يظهر الوجه بالتأمل والتدبر .

هذه الحال في تعارض الترجيح السبقي واللحوقي مع اليد، وأما تعارضهما مع بقية المرجحات فقد ظهر الحال في تعارضهما مع الاعدلية والاكثرية ، وأما تعارضهما مع قوة الحجة وضعفها مع أقوائية الشاهدين من الشاهد واليمين فالحال فيه أيضاً واضحة ، لان الحجة الضعيفة ساقطة عن الاعتبار رأساً في مقابل الحجة القوية فلا يجدي فيها المرجحات .

وأما تعارضهما مع الترجيح بالاطلاق والتقييد ـ أعني الملك المسبب ـ

فالظاهر أنه غير متصور ، لان تعارض الحادث والقديم أو القديم والاقدم لا يكونان الا في المسببين، اذلوكانا مطلقين أوكان أحدهما مطلقاً خرج عن كونها شهادة بالحدوث أو القدم ، وذلك لان الاطلاق في الشهادة كونها على وجه يحتمل معه الاستناد الى امارة شرعية ، والشهادة بالحادث أوالقديم مرجعهاالى الشهادة بالملك عن سبب لاعن امارة ، اذ الحادث أو القديم لايعقل استناده الى الامارة ، اذ الامارة لاتوجب حدوث الملك ولا قدمه ، لان الطريق لايؤثر في نفس ذي الطريق .

نعم يمكن فرض وقوع التعارض بين السبق واللحوق وبين الاطلاق والتقييد لابينهما وبين الحادث والقديم، كمااذا شهدت احداهما بنفس الملك في رأس السنة لابحدوث الملك فيه وشهدت الاخرى بالملك في الحال أوشهدت به في رأس السنتين ، فان في مثل هذه الصورة يتصور التعارض بين السبق أواللحوق وبين المطلق أو المقيد كأن تقول احداهما « اشهد انه اشتراه في رأس السنة » وتقول الاخرى «أشهد أنه ملكه في الحال»، وحينئذ فاماأن يتكلم فيه على القول بترجيح السبق أو بترجيح التأخر ، وعلى التقديرين فالاطلاق اما في طرف السابق والتقييد في طرف المتأخر أوالعكس .

فهذه أربعة أقسام يظهر حكمها لمن تأمل فيما ذكرنا في الصور الثمان .

ومنه يظهر أيضاً ما اذا تعارض السبق والتأخر مع الترجيح باليد والسبب كأن يقول السابق « أشهد أنه اشتراه » واللاحق «أشهد أنه في يده» أوالعكس. وعلى التقديرين فقد يتكلم على القول بترجيح السابق أوالمتأخر. فتدبر تنتقل الى ما هو الحكم فيها . والله العالم .

التقــاط

[عند تعارض البينتين هل يشترط ضم الشاهد]

هل يشترط في مسألة تعارض القدم والحدوث أو القديم والاقدم المتقدمة ضم الشاهد بالقديم أو الاقدم الى شهادته بالملك السابق شيئاً يدل على عدم علمه بالمزيل كقوله « ولا نعلم مزيلا » أو « لاأدري زال أم لا » ، أو لايشترط الضميمة مطلقاً ، أو يشترط مطلقاً ، أو يشترط أن تكون تلك الضميمة بالصيغة الاولى ـ أعني قوله « ولا أعلم له مزيلا » لا بالصيغة الثانية . فيه وجوه أوأقوال :

ظاهر عبارة المحقق واطلاقها على ما صرح به في المسالك عدم اشتراط الضميمة مطلقا، وصرح في القواعد بأن الشهادة بالملك السابق لاتسمع الا بضميمة قوله « لا أعلم له مزيلا » .

وظاهر المسالك أنه مذهب الاكثر، قال : وعللوه بأن قوله « لا أدري زال أم لا » يقتضي تردد أو ريبة ، فهي بعيدة عن أداء الشهادة ، بخلاف قوله « ولا أعلم له مزيلا » . ومختار صاحب المسالك هو الوجه الثاني ، أعني اشتراط مطلق الضميمة .

والتحقيق أن الشهادة بالملك السابق بدون الضميمة ليست شهادة بالمدعى، وهو الملك الحالي، فلابد للحاكم في الحكم بالملك الحالي من التعويل على الاستصحاب، لان مجاري الشهادات بل جميع اخبارات المتشرعة بموضوعات الاحكام كالوقف والنسب والملك والزوجية على الاخبار بها اعتماداً على بعض ما عليها من الامارات الشرعية وان لم يصرح به في حال الشهادة بل أطلق ، ضرورة عدم امكان العلم الواقعي بحقائقها لعدم كونها من الامور المحسوسة، فشهادة أحد بالملك تعويلا على الاستصحاب لوخرجت عن موازين القضاء وعد القضاء

بها من القضاء بالاستصحاب لم يكن لادلة العمل بالبينة مورد في الأمور الغير المحسوسة ، فمبنى الأخبار بها عرفاً على التعويل على بعض الامارات .

نعم لو شهدت البينة بالملك المستصحب ـ بأن كان الاستصحاب من مقومات المشهود به ـ كان جعلها من البينة التي هي من الموازين مشكلة، ولذا فرق في القواعد بين قوله «لااعلم له مزيلا» وبين قوله «هذا ملك بمقتضى الاستصحاب»، فحكم بكفاية الاول دون الثاني .

فان وجه هذا الفرق هو الذي ذكرنا من أن المدار على صدق الشهادة عرفاً، وأنه اذا شهد بالشيء معولافي شهادته على الاستصحاب أو اليد مثلا يصدق عليه أنه شهد بالمدعى . ولا يقدح فيه التعويل على الامارة الشرعية ، بخلاف ما لو شهدت بالملك الاستصحابي ، فانه لايصدق عليه عرفاً أنه شهد بالمدعى وهو الملك .

وبالجملة فرق بين تقييد نفس المشهود به بالامارة كاليد أو الاستصحاب وبين ايقاع الشهادة على الواقع بانياً وتعويلا فيه على الامارة، فان الثاني شهادة بالواقع ولو لم تكن عن طريق علمي والثاني بيان واخبار بحكم ظاهري شرعي، أعني اقتضاء الاستصحاب الملك أو دلالة اليد عليه .

هذا وجه اعتبار الضميمة، ووجه الفرق بين قوله «لا أعلم له مزيلا» وقوله « هذا ملكه بموجب الاستصحاب » كما ذكره في القواعد .

وأما وجه عدم كفاية قوله «لا أدري زال أم لا» فهو أن مثل هذا القول أيضاً يمنع عن صدق الشهادة ، لان مثل هذا الشخص لايصدق عليه عرفاً أنه شهد بالملك الحالي ، بل العرف في مثله يحكمون بأنه ليس له شهادة في الملك الاتي فضلا عن عدم صدق الشهادة .

ولعل وجهه ما في المسالك وعن الايضاح من أن هذا القول يكشف عن ريبة في ضمير الشاهد مانعة عن شهادته بالبقاء ولو بملاحظة الاستصحاب .

[الاستصحاب عند ثبوت اشتغال الذمة]

هذا ، ولكن في المقام اشكال ، وهو أن الظاهر عدم الاشكال والخلاف في أنه لو شهد بسبب الاشتغال السابق كالقرض ونحوه أو بنفس الاشتغال حكم الحاكم بالاشتغال الفعلي اتكالا على الاستصحاب من غير حاجة الى ضميمة .

وكذا لو أقر ذو اليد بالملك السابق ، كما صرح به العلامة في القواعد بعد أن قال بعدم فائدة في الشهادة بالملك السابق من دون الضميمة ؛ بل ربما يقال في مثل الشهادة بسبب الاشتغال أو سبب الزوجية أو بنفسها السابقة أنه لا يقدح علم الشاهد بالاداء أو الطلاق .

وقد ذكر العلامة في محكي التحرير والقواعد أنه لو شهد أحد الشاهدين بالقرض السابق مثلا وشهد الاخر بالوفاء لم تنفع شهادة الثاني، لكون المدعي مكذباً لقول الشاهد كما عن التحرير ، أو لعدم كون الشهادة بالوفاء شهادة صريحة بالقرض في الاشتغال كما عن القواعد ، ولم يعطل عدم الفائدة في شيء من الكتابين بأن ثبوت المدعى في السابق لا يكفي الا مع كون الشاهد قادراً على الاستصحاب باعتبار عدم علمه بالمزيل .

وهذا منه يفصح عن أن المانع ليس فقدان شهادة الثاني للضميمة، بل هو اما تكذيب المدعي أو عدم صراحة الشهادة، فلا وجه لاعتبار عدم علم الشاهد بالزوال. وحيثما يكون كذلك فمقتضى القاعدة عدم قدح علمه بالخلاف أيضاً ، فانه اذا لم يعتبر استصحاب الشاهد لم يقدح تصريحه بالزوال أيضاً .

وبالجملة المانع عن الحكم يقتضي الشهادة بالملك من دون الضميمة ان كان هو عدم صلاحية الاستصحاب – أي استصحاب الحاكم للقضاء – لزم عدم الحكم بالبينة على الاشتغال أو البيع أو الزوجية السابقة أيضاً وكذا بالاقرار

بالملك السابق ، والا فلا وجه لاعتبار الضميمة في الشهادة بالملك القديم أيضاً.

هذا، ويمكن الذب عن الاشكال بأن المقامين مختلفان، لان الشهادة بالقرض السابق تحدث حقاً على المدعى عليه بالخصوص في الزمان السابق، وبعد ثبوت هذا الحق ينقطع أثر انكاره ، فلابد له من دعوى جديدة بالابراء والا كان انكاره مع ثبوت ذلك الحق باطلا، بمعنى أنه لايترتب على انكاره بدون تجديد الدعوى وظيفة الانكار وأثره الشرعي ـ أعني الحلف ـ لانه اذا حلف على عدم الاشتغال رأساً وفي شيء من الازمنة ، وهو باطل لانه مكذب للبينة. والثاني الحلف على عدم الاشتغال المسبب عن سبب البراءة ، وهو حلف على أمر وجودي أو عدم حادث لا العدم الازلي ، وهو أيضاً باطل .

وهكذا اذا أقر المدعى عليه بالملك السابق ، فان الاقرار بالملك المدعي ولو سابقاً يوجب تعلق الزام ولو تقديراً على المدعى عليه المقر ، لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز مطلقاً في أي زمان كان . وتعلق هذا الالزام أيضاً يبطل أثر انكاره ، لانه اما يحلف على عدم وجود شيء ملزم عليه رأساً فهذا مكذب للاقرار ، أو يحلف على حصول ما أوجب رفع هذا الالزام المسبب من الاقرار فهو حلف على الاثبات .

وهكذا الكلام اذا أقام أحد المتداعيين بينة على سبب الملك السابق الملزم على صاحبه شيئاً في السابق فانه يحكم له على صاحبه ، كما اذا تداعيا عيناً في يد ثالث وأقام أحدهما بينة على أنه اشتراها منه أمس أو قبل الامس . فان هذه البينة تكفي في هذا المقام، اذ مع وجودها لايترتب على دعوى الاخر أثر، لانه ان كان يدعي عدم حجة له رأساً وفي جميع الازمنة فهذا دعوى مكذبة للبينة ، وان كان يدعي الحجة على صاحبه بانتقال ونحوه فهذه دعوى بلا بينة .

ولا كذا اذا أقام في هذه الصورة بينة على مجرد الملك السابق أو الشراء

من شخص ما ، فان هذه البينة لاتبطل دعوى خصمه، فالقضاء بموجبها قضاء بما لايبطل قول الخصم. وضم الاستصحاب الى تلك البينة حتى تكون البينة بضميمة استصحاب الحاكم مبطلة لدعوى الخصم قضاء بالاستصحاب لابالبينة، بخلاف الاول فان القضاء بالبينة القائمة على الشراء من الخصم قضاء بالبينة ، لانها قد أوجبت على الخصم حقاً في شيء من الازمنة، فالحكم بذلك الحق حق بموجب البينـة .

فان قلت : لابد للحاكم في هذه الصور كلها من الاستصحاب، لان وجود سبب الاشتغال أو نفس الاشتغال أو سبب الزوجية أو نفس الزوجيـة أو الشراء السابق من المدعى عليه في مسألة التداعي ، وبالجملة ثبوت الحق السابق غير منطبق على دعوى المدعي ، وهو الحق في الحال ، فلا يكفي في قطع الانكار أو قطع الدعوى . الا أن يستصحب الحاكم ذلك الحق السابق، فكيف يكون الفاصل نفس البينة .

قلنا : يكفي في استناد القضاء الى البينة ايجابها حقاً في أحد الازمنة بدون مؤنة الاستصحاب ، واحتياج الحاكم في اثبات ذلك الحق في الحـال الى الاستصحاب انما هو في مقام العمل ان استتم ميزان القضاء . فالاحتياج الى الاستصحاب انما هو لترتب أثر الحق الثابت بالبينة .

وهذا ليس استناد أصل القضاء وابطال دعوى الخصم بضميمة الاستصحاب وانما يكون كذلك لو كان الثابت بالبينة في السابق أمراً غير ملزم على المدعى عليه بوجوده السابق وكان اقتضاؤه ابطال دعوى الخصم موقوفاً على استصحاب الحاكم لذلك الامر السابق كما في الشهادة بالملك السابق ، فان ثبوت الملك سابقاً لاحد الخصمين لايبطل دعوى الاخر ولايحدث حقاً له عليه بعد استصحاب الملك السابق واثباته في الحال .

ومما يدل على كفاية اشتمال مدلول البينة حقاً ولو في السابق في استناد القضاء اليهاأنه لاريب فيسماع دعوى الحق السابق وكون دعواه دعوى ملزمة يجب سماعها ، فاذا وجب سماعها وجب قبول البينة على طبقها والحكم على طبقها . بخلاف دعوى الملك السابق ، فانها دعوى غير ملزمة ، فلاتسمع فلا تفيدالبينة عليه شيئاً .

ومن أجل ذلك فرق الجل أو الكل بين دعوى المدعي كون هذا الولدمن جاريته وبين كون هذا الغزل من قطنه، فحكموا بسماع الثانية ، لان ملكالقطن مقتضى لملكية الغزل بحيث لو ادعى أحد بعد الاعتراف بملكية القطن ملك الغزل كان مدعياً مطالباً بالحجة، ولو كان له يد على الغزل فيكون قول المدعي « هذا الغزل من قطني » دعوى ملزمة يجب سماعها على الحاكم ومطالبة البينة على طبقها والحكم بموجبها بعد الاقامة وبعدم سماع الاولى لعدم سببية ملك الجارية لملكية الولد، فلا تكون دعوى ولادة الولد من المملوكة دعوى ملزمة مسموعة . فالمدار على كون المدعى به ملزماً على المدعى عليه حقاً وشيئاً بلا مؤنة الاستصحاب ، فانه اذا كان كذلك سمع دعواه وقبل البينة ، للملازمة بين سماع الدعوى وقبول البينة على طبقها. بخلاف ماإذا لم يكن كذلك بل توقف سماع الدعوى على ادعاء شيء آخر كقولك سماع دعوى الملك السابق على دعوى الملك الحالي، فان البينة لاتسمع الا اذا تضمنت على ذلك الشيء الذي يتوقف على دعواه سماع الدعوى .

[ابطال قول الخصم يتوقف على ضم الاستصحاب]

ومماذكر ظهر أنقطع الدعوى وابطال قول الخصم في الصورة المزبورة انما حصل بنفس البينة من دون ضميمة الاستصحاب . بخلاف ابطاله فيدعوى

الملك السابق . فان ابطال قول الخصم فيه لايحصل بمجرد البينة على الملك السابق ، بل يتوقف أصل الابطال على ضم الاستصحاب .

فان قلت : اذا ادعى على ذي اليد الملك السابق وأقام البينة عليه فهذا ابطال لانكاره وافساد لاثره الذي هو الحلف ، فالفصل فيه - أعني ابطال أثر قول المدعى عليه وجعله كالعدم - مستند الى البينة من دون ضم الاستصحاب، وانما يحتاج اليه في مقام العمل لا في مقام الفصل . ووجه ابطال البينة انكاره كابطال انكار منكر الدين في المسألة السابقة هو أن ذا اليد حينئذ اما يحلف على عدم الملك المدعى الظاهر سابقاً ولاحقاً فهذا مكذب للبينة ، واما يحلف على عدم ملكه المتجدد المسبب عن سبب مزيل للملك منذ أحلف على الاثبات ، فأمر حلف ذي اليد أيضاً دائر بين امرين باطلين نظير حلف منكر الدين كما قلنا ، فالقضاء بالبينة على الملك أيضاً قضاء بالبينة خاصة لاستقلالها في ابطال أثر الانكار ، وأما الاستصحاب فالاحتياج اليه هنا أيضاً في مقام العمل لافي مقام الحكم .

قلت : ليس الامر كذلك، لان جهة انكار ذي اليد والسبب في جعله منكراً مع أنه يدعي الملك فهي في الحقيقة مدعي لامنكر ؛ وان كان دعواه ملازمة لانكار ملك المدعي هي أن مرجع قوله في الحقيقة الى نفي استحقاق شيء عليه نظير انكار منكر الاشتغال لاالى نفي ملك المدعي ولاالى دعوى ملكية العين عن أمارة شرعية أعني اليد .

توضيحه : ان انكار ذي اليد فيه جهات ثلاث : احداها انه يدعي أمراً وجودياً مطابقاً للظاهر وموافقاً للامارة الشرعية أعني ملكية مافي اليد ، والثانية أنه ينفي ملك من عداه وملك خصوص المدعي عما في يده ، والثالثة أنه ينفي

استحقاق المدعي شيئاً عليه . فجعل ذي اليد منكراً اما لاجل الجهـة الاولى أو الثانية أو الثالثة .

لكن المعين هو الاخير ، لانه باعتباره صار مدعى عليـه ، فيكون تسميته منكراً أيضاً من جهة ملاحظة ذلك ، اذ الشخص لايكون مدعى عليه الا اذا كان المدعى به مربوطاً به حتى يكون استحقاق أحد له استحقاقاً عليه، ولذا لايكون دعوى العين المطروحة دعوى على أحد ، فجهة انكار ذي اليد هي بعينها جهـة لانكار في دعوى الدين منكر ، وهي نفي استحقاق المدعي .

فكما أن المدعى عليه في دعوى الدين منكر من جهة نفيه استحقاق المدعي شيئاً عليه، فكذلك في دعوى العين منكر من جهة انكاره استحقاق المدعي شيئاً عليه ، لامن جهة كونه مدعياً لامر موافق الظاهر ـ أعني ملكية مافي يده ـ ولا من جهة كونه منكراً لملكية المدعي لما في يده ، وحينئذ فحلف ذي اليد انمـا يتحقق في الحقيقة بنفي الاستحقاق .

ومن الواضح أن الحلف عليه ليس أمره دائراً بين أمرين باطلين كحلـف منكر الدين بعد قيام البينة على الاشتغال السابق ، لان عـدم الاستحقاق الازلي ليس مكذباً لبينة المدعي على الملك السابق ، لانه لم يحدث في السابق حقـاً على ذي اليـد حتى يكون الحلف على عدم الاستحقاق الازلي مكذباً للبينـة ، فانكاره بعد باق على حكمه الذي هو الحلف ، بخلاف حلف منكر الدين فانـه باطل كما عرفت ، وهو معنى بطلان أثر الانكار وجعل وجوده كالعدم .

نعم لو علم أن العين في زمان الملك السابق كانت في يد ذي اليد التزمنا فيه بعدم الاحتياج الى الضميمة ، وان البينة حينئذ كافية في الميزان . نظير البينة على الاشتغال السابق، لان الملكية السابقة حينئذ سبب لثبوت حق للمدعي على

ذي اليد في الزمان السابق، فيكون مثل الاشتغال السابق، ولم يعلم قول الاصحاب بعدم كفاية البينة على الملك السابق في مثل هذا الفرض .

فائــدة

[الفرق بين شهادة البينة بالملك السابق]
[واقرار ذى اليد]

علــل في القواعد الفرق بين شهادة البينة بالملك السابق وبين اقـرار ذي اليد ، بأن البينة تخبر عن تخمين والاقرار اخبار عن تحقيق .

وهذا التعليل بظاهره عليل كما لايخفى .

ويمكن توجيهه بما فيه بعض المنافاة لما ذكرنا في وجه الفرق ، وهـو أن البينة اخبارها يحتمل أن يكون مستنداً الى العلم بسبب الملك السابق وعلى العلم ببعض أمارات الملك كاليد. ومثل هذه لاتكون مطابقة للدعوى، لانها على تقدير استنادها الى أمارة الملك السابق لم توجب بالفعل ـ أي في حال الدعوى ـ على المدعى عليه شيئاً ، فلا تكون منطبقة على الدعوى وهو الملك الفعلي ، وذلك لان وجود السبب في أحد الازمنة سبب ومقتض في جميع الازمنة الى أن يعلم المزيل .

ويكفي في الانطباق قيام البينة على وجود المقتضي والسبب بالفعل ، لان الدعاوي كمـا تثبت بثبوت نفسها كذلك تثبت بثبوت سببها ، فـلا فرق بين البينة التي تشهد بالملك الفعلي وبين البينة التي تشهد بمقتضى الملك ـ أي بوجود المقتضي فعلا في حال الدعوى ، فاذا كان حال البينة مجملة لـم تنفع ، فقوله « ان البينة تخبر عن تخمين » اشارة الى أن البينة لايجب أن يكون مستند شهادتها العلم بالملك السابق عن سبب حتى تكون مطابقـة للدعوى ، لاحتمال كون مستندها العلم به عن أمارة شرعية فلا تكون منطبقة ، بخلاف الاقرار فانـه من

الملزمات الشرعية سواء كان قبل الدعوى أو في حالها ، فيجري وجوده السابق مجرى السبب السابق في كونه مقتضياً للملك الفعلي .

فالفرق بين البينة والاقرار انما جاء من جهة كون الاقرار ولو سابقاً بمنزلة الاسباب التي مقتضاها الملك في جميع الازمنة ما لم يمنع المانع والمزيل ، بخلاف البينة فانها أعم من أن يكون مؤداها وجود الملك سابقاً عن سبب أو عن أمارة . فالاقرار بالملك السابق اقرار بما يقتضي المدعى به - أعني الملك الفعلي - ولو لم يكن علة له ، فيكون منطبقاً على دعوى المدعي ، اذ لافرق في الانطباق بين أن يكون الميزان الشرعي قائماً بالمدعى به فعلا عن الملك الفعلي أو بما يقتضيه شأناً لو لم يكن له مزيل في الواقع .

وعلى هذا الفرق ينبغي أن يفرق أيضاً بين شهادة البينة بنفس الاشتغال السابق أو بسببه كالقرض ، فينفع في الثاني دون الاول، لان الاشتغال السابق غيرمنطبق على الدعوى وهو الاشتغال الفعلي ، بخلاف سبب الاشتغال كالقرض السابق ، فانه منطبق على الدعوى، لان وجود سبب الشيء ومقتضيه في أحد الازمنة يقتضيه مطلقاً الى أن يحصل الرافع .

فالشهادة بالقرض السابق شهادة بالاشتغال الفعلي - أي يقتضيه فعلا - ولو لم تكن شهادته بعلته التامة ، بخلاف الشهادة بالاشتغال السابق والاشتغال في الحال كلاهما معلولان لعلة ثالثة وهو القرض أو شيء آخر ، فلا ينطبق على الدعوى ، لان شرط الانطباق كون المشهود به عين المدعى به أو علته التامةأو مقتضيه وسببه ، والاشتغال السابق ليس شيئاً من الثلاثة .

وهذا خلاف الطريقة التي سلكناها في الفرق بين الشهادة بالملك السابق أو بالاسباب كالنكاح والبيع ونحوهما، فان مقتضى تلك الطريقة عدم الفرق بين

النكاح والزوجية أو بين القرض والاشتغال ، لان مناطها كان شيئاً موجوداً فيهما وهو كون المشهود به في السابق أمراً ملزماً على المدعى عليه .

الأأن يقال : ان الشهادة بالزوجية أو بالاشتغال لاتكون الاعن سببهما ولو غالباً ، بخلاف الشهادة بالملك فانها غالباً مبنية على التخمين ـ أعني الاستناد الى الامارة ـ فلا تكون شهادة بالسبب ، ولذا لاتكفي في دعوى الملك الفعلي ولا أقل من الاحتمال .

والحاصل ان الشهادة بسبب المدعى به ولو في السابق شهادة بـه ، لان المدار فيثبوت الاشياء على ثبوت سببها ومقتضيها لاعلى ثبوت نفسها أوثبوت علتها التامة، فكل شهادة ترجع الىالشهادة بالسبب تسمع ولو تعلقت بالمسبب كالزوجيةالسابقة والاشتغال السابق ، اذ الزوجية والاشتغاللايعلمان الابسببهما ، فالشهادة بهما شهادة بسببهما اجمالا ، فتسمع كالشهادة بسببهما تفصيلا .

لايقال : ماذكرت من كفاية الشهادة بالسبب وانطباقها على المدعى بدون ضم الاستصحاب ممنوع ، لان المدعى به ان كان هـو نفس وجود السبب من غير ضم سلامته عن المانع في الحال فدعواه دعوى غير ملزمـة ، اذ لايترتب عليه بعد ثبوته وجود المسبب فعلا ، لان المسبب لايتحقق الا بعد وجودالسبب وسلامته عن المانع ، والمعلوم انما هو سلامته عنه في السابق دون اللاحـق . ففي زمان الدعوى لايترتب على وجوده السابـق شيء لازم على المدعى عليه حتى يكون دعواه دعوى ملزمة ، وان كان المدعى بـه هو وجود المسبب مع عدم المانع فالبينة غير مطابقة للدعوى كما لايخفى .

لانا نقول : نحن نختار الاول، أعني كون المدعىبه هووجود المسبب . قولك ان نفس وجوده أمر غير ملزم في الحال، قلنا ممنوع لان عدمكونه ملزماً مبني على احتمال لو التفت اليه انقلب المنكر مدعياً مطالباً بالبينة، وهواحتمال

طرو المانع في الحال . وحيث أن هذه الدعوى التقديرية الثانيـة لاتجدي في حبس العين أو الدين ، لانها على فرض تحققها لاينفع في حبسهما بل عليه رد العين أو الدين مثلا قبل اقامة البينة علىالمزيل الرافع للمسبب في الحال ، فلا جرم يلزم بالدفع الى أن يدعي المزيل ويقيم عليه البينة فيستردان قضاءاً بوظيفة الدعوى الجديدة .

والظاهر أنه لاخلاف فيه أيضاً بين الاصحاب، يدل عليه ماذكروه فيميزان الدعاوي المسموعة وأنها لابد أن تكون ملزمة وأنه لـو ادعى الهبة بدون دعوى القبض لم تسمع، بل لابد من ضم دعوى القبض، معأن دعوى الهبة المقبوضة ليست الا دعوى سبب الملك .

ولو قيل : ان مرادهم دعوى القبض مع دعوى الملك الفعلي . فهوواضح الفساد ، لان دعوى القبض حينئذ تكون لاغية ، لان دعوى الملك الفعلي كافية في السماع . وقد صرح العلامة في هذا الباب بعد أن ذكر عدمكفاية البينة على الملك السابق :انه لوأقامها علىالشراء من المدعى عليه فيالسابق كانتكافية .

وبالجملة الظاهر من دعاوي الاسباب دعاوي مسموعة ولو لـم يضم اليها دعوى عدم المزيل أو دعوى وجود المسبب فعلا . نعم قد تقدم سابقاً أنالشهيد منع فيمحكي الدروس عنسماع دعوى البيع بدون دعوى عدم تحققالفسخ . الا أن ذلك خلاف ظاهر بنائهم، اذ لولا ذلك لانسد باب الاشهاد على الاسباب كالبيع والصلح والقرض والنكاح ، وبطلانه ضروري .

فان قلت : الاشهاد على الاسباب انماهو لاجلكونه مفيداً في بعض الصور وهو ماذا أنكرالمدعي أصل وجود السبب ، بأن تقول الزوجة مثلا : ان العقد لم يقع بيني وبين المدعي أصلا. فان وجود السبب فيمثل هذه الصورة يكون ملزماً ، حيث أن المنكر انمـا أنكر وجود المدعى بـه في الحال باعتبار انكاره

وجود السبب رأساً ، فبعد اثبات وجود السبب يبطل انكاره ، لانه معترف عدم وجود المزيل، فأحد جزئي المدعى ـ وهووجود السبب ـ ثبتبالبينة والجزء الاخر ـ وهو عدم المزيل ـ بالتسالم والاقرار .

قلت : الاعتراف التقديري ليس اعترافاً ملزماً، فلابد فيهذه الصورة أيضاً من القاء احتمال تجدد المزيل حتىتكون البينة مطابقة للدعوى ، وهو وجود السبب مع سلامته في الحال عن المانع والمزيل .

فكما يجب القاء هذا الاحتمال في هذه الصورة لكونه راجعاً الى دعوى المزيل تقديراً ، فكذلك فيما اذا كان الانكار ناظراً الى وجود المسبب فيالحال بأن يقول في دعوى الدين مثلا ليس لك علي دين الان ، أو في دعوى النكاح لست أنا زوجتك ، فان الوجه فيهما واحد ، وهو كفاية البينة على السبب في اثبات المسبب فعلا .

فان قلت : على ماذكرت يجب قبول البينة على وجود السبب في الجملة، فلو أقام المدعي بينة على الشراء فيالسابق من زيد مثلا لزم أن يكون ذلك كافياً فيالانطباق ، ولا يلزم أن يكون السبب المدعىبه هو الشراء منالمدعى عليه خاصة ، لان الشراء حين وجوده كان علة للملك فعلا ومقتضياًله فيجميع الازمنة المستقبلة الى أن يعلم السبب الناقل ، فلا فرق بين البينة على الشراء من المدعى عليه سابقاً أو من شخص آخر ، فما وجه الفرق بينهما كما ذكرت .

قلت : الشراء من زيد ليس سبباً واقعياً للملك الا مع البناء على ملك زيد البائع بمقتضى يده ، فالشهادة على الشراء منه شهادة تخمينية أيضاً ، لاحتمال استنادها في الشراء الى أمارة ملك البائع ، فلا تكون شهادة لوجود السبب الواقعي .

فان قلت : يندفع هذا الاحتمال بما لو صرح البينة بأن المدعي اشتراها من مالكه الواقعي ، فلابد من القبول .

قلت :هذا أيضاً لاينفع، لانها حينئذ تنحل الى شهادتين : احداهما تحقيقية وهي الشهادة بالشراء ، والاخرى تخمينية وهي الشهادة بملكية البائع ، فتكون مثل الشهادة بالشراء من زيد مثلا .

والحاصل ان البينة اذا لم تكن صريحة في السبب الواقعي لم تكن نافعة ، لان انكار المدعي حينئذ لاينحصر وجهه في دعوى المزيل شأناً ، لاحتمال كون انكاره ناظراً الى تكذيب ملك البائع الذي كانت الشهادة به تخمينية .

نعم لو شهدت البينة على سبب الملك السابق اجمالا بأن يقول انه حصل في السابق سبب الملك للمدعي كانت مسموعة ، اذ لافرق بين السبب المطلق والمقيد في كون كل منهما مقتضياً للملك في جميع الازمنة .

الا أن يقال : ان مرجع الشهادة بالسبب المطلق الى الشهادة بالشراء من المالك الواقعي ، لان سبب الملك لايرجع جميع مقدماته الى التحقيق ، بل يحتمل أن تكون الشهادة ببعض مقدماته ـ كملك البائع ـ راجعة الى التخمين وحينئذ لايتمحض انكار المدعي فيدعوى المزيل أو دعوى عدم مقدماته المبنية على التحقيق كنفس الايجاب والقبول. لاحتمال أن يرجع الىنفي مقدماته التي يحتمل كون الشهادة بها تخمينية ، فلا يصير انكاره حينئذ باطلا ، لان الشهادة المبنية على التخمين ليست شهادة بوجود المقتضي فعلا، لان الشهادة التخمينية شهادة بالمسبب لابالسبب . مثلا اذا شهدت بأن البائع كان مالكاً في حين البيع فهذه مثل الشهادة بأن المدعي كان مالكاً سابقاً .

ومن الواضح أن الشراء الصادر من البائع الذي شهد بكونه مالكاً شهادة في الحقيقة بأن المدعي كان مالكاً في السابق ، والمفروض أن ملك البائع الذي

وقع الشراء منه ليس مقتضياً وسبباً لملك المدعى في الحال ، فلاتكون منطبقة لان شرط الانطباق أحد الامرين اما الشهادة بالملك أو بوجود سببه فعلا . والله العالـم .

التقـاط

[لو أقر المدعى عليه ان العين لغيره]

اذا ادعى عيناً في يد أخرى فقال المدعى عليه هو لفلان سقطعنه الخصومة، سواء كان المقر له غائباً كما في الشرائع وغيره . والمراد سقوط المخاصمـة من حيث العين لامن حيث المالية ومن حيثيات أخرى كالولاية على الحفظ ونحـوه .

وهل للمدعي احلافه لو ادعى عليه العلم بأن العين مـال المدعي ، قولان مبنيان على أن الاقرار بعد الاقرار هل يوجب الغرم للمقرله الثاني للحيلولة أملا.

فان قيل بالاول - كما هو المشهور من بعد الشيخ ظاهراً - كان له الاحلاف وفائدته الغرم لو نكل عن الحلف بعد الرد الى المدعي أو بدونه ، وان قيـل بالثاني ففي الشرائع أنه لايجاب لعدم الفائدة حينئذ ، اذ لـو أقر المدعى عليه بالعين للمدعي ثانياً لم يستفد شيئاً وانما يجاب الى الحلف اذا كان الاقرار مفيداً للفائدة .

لكن في المسالك أنه على هذا القول - أعني القول بأن الاقرار لغو - لا محل له ولا يوجب الغرامة : ان قلنا ان النكـول واليمين المردودة كالبينة فلـه التحليف. لانه قد ينكل فيحلف المدعي فاذا حلف وكانت العين تالفة أخذ القيمة وان قلنا انهما كالاقرار لم يحلفه ، لانه ان نكل وحلف المدعي لم يستفد شيئاً .

وأورد عليه بعض مشائخنا قدس سره : أولا بأن تقييد الحكـم بتلف العين

لاوجه له ، بل يغرم ولو كانت باقية بناءاً على كونه مثل البينة . وثانياً بأن النكول عن الحلف بمنزلة البينة على مصب الدعوى وهو العلم ، ولا يترتب على علم المدعى عليه واقراره شيء، والمفروض أن اقراره بعد الاقرار لغيره لغو لايوجب الغرامـة .

والظاهر أنه لاورود لشيء منهما :

(أما الاول) فلان مراد صاحب المسالك بتلف العين كونها في حكم التالف باعتبار الاقرار الاول للحيلولة لاالتلف الحقيقي، لان المسألة مفروضة في دعوى العين ، وهي صريحة في بقائها ، مضافاً الى أن مافي سائر كلماته من الصراحـة بذلك . فارجع وتأمل .

فالمراد أن المـدعي اذا حلف اليمين المردودة وقلنا بأنه بمنزلة البينـة والمفروض أن العين باعتبار الاقرار الاول صارت بمنزلة التالف للحيلولة أخذاً بقيمتـه .

(وأما ثانياً) فلما مر في مسألة يمين نفي العلم من أنها اذا ردت الى المدعي حلف على الواقع لاعلى العلم ، لان دعوى العلم شرط لسماع دعوى المال في موارد اشتراط دعواه وليس نفس العلم مصب الدعوى في تلك الموارد .

نعم يتجه هذا الكلام فيما اذا كان العلم موضوعاً وتكون الدعوى متوجهة اليه ، فان المدعي يحلف بعد الرد على نفس العلم حينئذ .

نعم يرد على صاحب المسالك ايراد آخر مضافاً الى ابتناء ماذكره على كون النكول أو اليمين المردودة بمنزلة البينة حتى بالنسبة الى الثالث كما يصرح به العلامة في بعض كلماته ، وهو أن التحليف على هذا المبنى لايخلو عن اشكال، لان المدعى عليه اذا لـم يترتب على اقراره شيء فلا فائدة في احلافه رجـاءاً لنكوله ، لان احتمال نكوله معارض باحتمال اقراره ثانياً أو حلفه ، وكل منهما

مقدور له ، خصوصاً الاقرار الذي لاينفع بحال المدعي ، فالتحليف في مثله لاطائل تحته .

ثم لو بنينا على سماع دعوى الحلف رجاءاً للنكول فلابد من تعميم دائرة سماع الدعوى ، بأن يقال : ان ميزان سماعها هو مالو أقر المنكر بالمدعى به لنفع المدعي أو نكل عن الحلف لنفع المقر له .

هذا كله اذا علم بأن المقر له غير المدعي، سواء كان معيناً بأن يقول هذه العين لفلان أو غير معين بأنيقول انها لغير المدعي، وأما اذا كان الاقرار الاول على وجه يحتمل كونه للمدعي أيضاً بأن يقول أولا انها ليست لي بـل لغيري ، فالظاهر نفوذ الاقرار للمدعي ، اذ لامنافاة بين الاقرارين حينئذ ، فيجمع بينهما وينزع العين من يده أخذاً بالاقرار الثاني .

وفي مثله لابد من الاجابة الى التحليف ، لانه لـو أقر لنفع حتى في العين على القولين ــ أعني القول بنفوذ الاقرار بعد الاقرار والقول بعدم نفوذه كما عن الشيخ ــ لان الاقرار الثاني حينئذ ليس لغواً .

هذا، وهل للمدعي احلافه على البت اذا ادعى عليه الغرامة تسبيباً أوالحلف أيضاً على نفي العلم ، وجهان تقدما في مسألة مالو تداعيا عيناً في يد ثالث وأقر ذو اليد لاحدهما . كما تقدم قوة الوجه الثاني وفاقاً للفاضل في كشف اللثام .

فرع

[حكم مايؤخذ غرامة]

لوادعى أن العين وقف وتوليتهالي فقال المنكر هي لفلان ثم أحلفه المدعي ونكل وقضينا بالنكول أو بعد الرد بالغرامة بناءاً على مذهب المشهور من نفوذ الاقرار بعد الاقرار ، فما يأخذه غرامة يحتمل وجهين :

أحدهما ــ أن تقوم مقام العين في الوقفية وتبذل على الموقوف عليهم .
والثاني ــ أن يشتري بها مثل العين الموقوفة ويجعل مكانه . والله العالم .

التقاط

[لو ادعى المالك الاعارة وذو اليد الاجارة]

اذا ادعى المالك على ذي اليد أنه أعاره العين وادعى هو أنه آجرها اياه ، فالقول هنا قول المالك لاصالة براءة ذمته عما يقتضيه الاجارة ، فلو أقام كل منهما بينة جرى فيه حكم تعارض بينة الداخل والخارج ، فيقدم قول الاجنبي ، لماذكرنا على أظهر الوجوه .

ويدل عليه مضافاً الى ما عرفت ماروي عن أمير المؤمنين عليه السلام في الثوب يدعيه الرجل في يد رجل فيقول الذي هو في يده هو لك عندي رهن ويقول الآخر هو لي عندك وديعة . قال : القول قوله وعلى الذي في يده البينة أنه رهن عنده[1] .

والوجه الثاني ماعن القواعد في باب الاختلاف في العقد وان البينتين يتعارضان فيجري فيه حكم تعارض البينتين . ووجه في محكي كشف اللثام بأن كلا منهما يدعي أمراً مخالفاً للاصل ، لان كلا من العارية والاجارة عقد مثل الاخر ثم اختار مارجحنا لما ذكرنا .

والوجه الثالث ــ وهو أردأ الوجوه ــ تقديم بينة المالك لكونه خارجاً نظراً الى كون الاجنبي ذا يد ، فان اليد كما ترجح ملك العين كذلك ترجح ملك المنفعة . ذكره في محكي كشف اللثام احتمالا ، واستجوده بعض مشائخنا « قده » .

(١) الوسائل ج١٣ كتاب الرهن ب١٦ من أحكام الرهن ح١و٣و٢ .

وليس بجيد ، لان اليد انما تجعل صاحبها منكراً اذا لم يكن صاحبها معترفاً بعدم كونها يد ملك والا فلاأثر لليد، ولذا لايسمع دعوى الاجارة أو الوديعة مع انكار المالك وادعاء غصبية ذي اليد .

هذا اذا كان مدعي الاجارة ذي اليد ، ولو انعكس ـ بأن ادعى المالك الاجارة وادعى الاجنبي الذي في يده العين العارية ـ فالحال أيضاً ماعرفت من أن القول قول من ينكر الاجارة وهو هنا الاجنبي .

والوجه هو الوجه. أعني الاصل دون اليد ، لان اليد هذه لاتجعل صاحبها منكراً فيما وقع النزاع فيه ، أعني ملك المنفعة أو عدم ملكها ، وان كان الثاني ـ وهو أن يكون التداعي بين الاجنبيين كما اذا ادعى أحدهما أن مالك العين آجرها اياه سنة وادعى الاخر أنه أعاره اياها في تلك السنة ـ فالظاهر أن الاصل لايوافق أحدهما ، فلو أقاما البينة عمل معامل تعارض البينتين .

وكيف ماكان فحيثما يحكم فيه بتعارض البينتين لزم التوقف بعد التساوي حتى في القرعة .

قال في محكي الكشف في الفرض الاول ـ أعني فرض التداعي بين المالك والاجنبي بعد الحكم بتعارض البينتين ـ ان الحكم فيه القرعة مع اليمين ، ومع نكولهما يقسمان المنفعة بحسب المدة أو بانقسام العين في تمام المدة .

ويشكل ذلك فيما لو كان أحد العقدين غير ملزم بشيء كالعارية والوديعة ، فان تملك المنفعة حينئذ غير معلوم للاجنبي حتى تقسم بحسب الزمان . والله العالـم .

التقـاط

[في دعوى اليد السابقة]

ولو ادعى عيناً في يد انسان وأقام بينة انها كانت في يده أمس ، فان كان

المقصود من دعوى اليد السابقة الملك السابق المسبب عن اليد، فقد ظهر الحال فيه مما مر في المسألة السابقة من حيث اشتراط قبولها بضميمة قوله « لا أعلم مزيلا له » حتى تكون منطبقة مع الدعوى، وهو الملك الحالي وعدم الاشتراط. وان كان المقصود من هذه الدعوى انقلاب الدعوى وصيرورة ذي اليد مدعياً ـ كما قد يتفق كثيراً ـ فالظاهر القبول من غير الضميمة .

والفرق هو أن الملك السابق لايلزم شيئاً على المدعى عليه في الزمن السابق ولا يرجع الى الشهادة بالسبب والمقتضى أيضاً، فلا تسمع البينة عليه، بخلاف اليد السابقة فانها في ذلك الزمان يوجب علواً وتفوقاً على المدعي الخارج فتسمع البينة بها ، لان الانطباق يحصل بمجرد وجود شيء ملتزم في السابق وعدم وجود مزيل له عند الحاكم . وهذا ليس قضاء بالاستصحاب كما مر .

ويمكن المناقشة فيه بما مر أيضاً من أن المناط في انطباق البينة للدعوى ـ وهي ثبوت الملك الفعلي ـ قيامها على نفس المسبب فعلا وهو الملك ، أو على وجود سببه ومقتضيه فعلا وان احتاج الى الاستصحاب ـ أعني أصالة عدم المانع في الحكم بوجود المسبب ـ كما مر تفصيله . فليس الامر هنا كذلك لان اليد السابقة ليست سبباً ومقتضية للملك الفعلي أو لليد الحالية حتى يكون وجودها السابق عند الحاكم منطبقاً للمدعى به ، أعني الملك الفعلي . والله العالم .

التقاط

[التعارض بين الاستصحاب واليد]

اذا ادعى على انسان عيناً في يده وأقام البينة على الملك السابق مع ضميمة قولها « ولا أعلم له مزيلا » فههنا يقع التعارض بين الاستصحاب واليد ، فان

قلنا بتقديم اليد لم تسمع البينة ، وان قلنا بتقديم الاستصحاب قضي بتلك البينة وانتزعت العين من يده ولا يلتفت الى يده بعد ثبوت كون العين ملكاً للمدعي في الامس مثلا. ومعناه أن الاستصحاب يقدم على اليد في مقام الحكومة ولا يلزمه أن يكون مقدماً في مقام العمل أيضاً حتى فيما لاتعارض ولا تخاصم هنا .

توضيح المقام : هو أن المعارضة بين اليد والاستصحاب يكون في صور، لان معارضة اليد مع الاستصحاب قد يكون مع وجود المعارض والمنازع ، وقد يكون بدون المعارض أعني الخصم ، فان كان في غير مقام المعارضة ـ بأن وجد عين في يد شخص من غير ظهور خصم يدعيها ـ فهذا مقام العمل خاصة ، ولا ريب في أن اليد حينئذ مقدمة على الاستصحاب مطلقاً ، بمعنى أن أصالة عدم كون ذي اليد مالكاً أو أصالة بقاء ملك الغير، وكذا غيرهما من الاصول المنافية لظاهر اليد غير ملتفت اليها .

فلو علم أنها كانت سابقاً لغيره لم يقدح ذلك في ترتيب آثار الملك على مافي اليد ، سواء كان ذلك الغير معلوماً أو مجهولا ،كما هو كذلك في الغالب اذالغالب أن مافي الايادي كان مملوكاً لغير ذي اليد بل الامر كذلك مطلقاً ، الا في بعض الصور النادرة، كما اذا احتمل ملك ذي اليد بمثل الحيازة من الاسباب الطارئة على المباحات الاصلية .

وبالجملة لااشكال في جواز العمل على طبق اليد عند عدم المعارضة، سواء كان معارضاً باستصحاب أم لا ، بل لو أقر ذو اليد بأنها كانت لغيره اولا لم يقدح أيضاً في جواز العمل على طبق اليد مالم يعارضه معارض . لكن يشترط ذلك بأن يكون ذواليد مظهراً لقول أوفعل يدل على ملكه، بأن يرى نفسه مالكاً ويعلم ذلك من فعله أو قوله أو بعض أحواله ، فلو كان يد مجردة عن ذلك أشكل البناء على ملكية مافيها مع معارضة الاستصحاب، فلو مات دلال وفي يده أموال

الناس لم يحكم بعد موته بملكية تلك التي علمنا بأنه من الناس له ولو احتملنا انتقالها اليه قبل موته .

ويمكن توجيه ذلك مضافاً الى ظاهر القوم وبناء العرف أن الوارد في أدلة اليد ـ خصوصاً في رواية فدك التي هي أعظمها ـ كون اليد التي هي أمارة على الملك هي ماكانت مقرونة بالملك العرفي والسلطنة والقهر العرفيين لامجرد اليد الصورية ، ولذا يسمون يد اللقيط على مافي جوانبه باليد الحكمية .

ومن الواضح أن صاحب اليد اذا لم يستشعر منه دعواه ملكية مافي يده ـ كما اذا كان مبيناً ـ لم تكن يده من تلك اليد المشار اليها ، أعني المقرون بالملك والظاهر العرفيين اللذين يلزمها دعوى الملكية. وبالجملة الحكم بالملك هنا لو لم يكن ممنوعاً فلا أقل من كونه مشكلا محل تأمل .

نعم قد يقال بدلالة خبر حفص الوارد في جواز الشهادة بالملك لاجل اليد[1] ، مستدلا بجواز الشراء من ذي اليد على أن مجرد اليد دليل على الملك ولو لم يكن معه ادعاء من صاحبها، اذ ليس فيه مايوجب تقييد اليد بما اذا كان معه تملك عرفي وسلطنة عرفية ، كما في رواية فدك[2] حيث أنها تدل على عدم مطالبة البينة على الناس فيما يتملكون ، أي فيما يتسلطون . نظير الرواية الواردة في متاع البيت من أن كلا من الزوج والزوجة اذا كان مستولياً على شيء من متاع البيت فهو له[3] ، فرواية حفص باطلاقها تدل على أن مجرد اليد دليل على الملك ولو لم يصدر من ذي اليد ادعاء الملكية قولا أو فعلا أو حالا .

لكن يمكن الجواب عنها بتنزيلها على الغالب ، اذ الغالب ادعاء الانسان

(١) الوسائل ج١٨ ب٢٥ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح٢و٣ .

(٣) الوسائل ج١٧ ب٨ من أبواب ميراث الازواج .

ملكية مافي يده ، فلا دلالة فيها أيضاً على أن مجرد اليد بدون الادعاء دليل على الملك .

ولو سلم شموله لغير صورة الادعاء فلا نسلم شموله لما نحن فيه - أعني ماإذا علم بملكية مافي اليد لغير ذي اليد معيناً - وذلك لان حفص بعد ماقال له الامام انه يجوز الشهادة بالملك لليد .

فان قلت : لعله لغيره ، وهذا السؤال لاينطبق على مورد علم تفصيلا بأنه كان لغيره العين : أما أولا فلان الاحتمال المنافي للحالة السابقة خلاف ظاهر لعل، لانه ظاهر في ابداء تحت الاحتمال الذي ليس عليه أمارة. وأما ثانياً فلان المتبادر من الغير الغير المعين دون المعين ، وكلامنا فيما لو علم بأن مافي اليد كان ملكاً للمعين .

فان قلت : تسقط الرواية حينئذ عن الدلالة على حجية اليد في صورة العلم سبق الملك المعين حتى مع الادعاء مع انك بنيت على اعتبار مافيها .

قلت : لاضير في خروج هذه الصورة عن تحت هذه الرواية ، لان حجية اليد فيها مع عدم المعارض والمنازع تستفاد من سائر الروايات كرواية فدك ورواية الاستيلاء الواردة في الزوجين .

فان قلت : يمكن الاستدلال بهما حينئذ على اعتبار اليد في هذه الصورة ولو بدون الادعاء .

قلت : قد عرفت أن الاستيلاء والتملك المذكور في رواية فدك لايصدقان بدون أن يكون ذو اليد مدعياً ، لان التملك والتسلط العرفي يعتبر فيهما ادعاء الملكية قولا أوفعلا كالتصرف أو حالا .

فتلخص مما ذكرنا أن رواية فدك ورواية الاستيلاء يشملان صورة سبق العلم بكون مافي اليد ملكاً لمعين لكنهما غير شاملين لصورة عدم الادعاء ، ورواية

حفص شاملة لصورة عدم الادعاء لكنها غير شاملة لصورة العلم بسبق الملك لغير ذي اليد معيناً ، ففي صورة سبق العلم مع عدم الادعاء سبق الحكم بالملكية بمجرد اليد محل اشكال وتأمل . فتدبر .

وان كان على صورة المعارضة فهي على قسمين :

أحدهما : ماكان ذو اليد فيه منكراً ، وذلك كما اذا كان المدعي غير الشخص الذي كان العين أولا ملكه ، فان اليد حينئذ وان كانت معارضة بالاستصحاب أيضاً الا أن المدعي فرض كونه غير ذلك الشخص لم يخرج ذو اليد عن كونه منكراً .

والثاني : ان العلم بخلافه وأنه ليس متلقاة من ذلك بل كانت مرددة بين كونها عادية أو محقة ، ومنه صورة الشك في مبدئها .

(أما القسم الاول منهما) فالظاهر أنه لاشكال في عدم الاعتبار باليد حينئذ وان المحكم هو الاستصحاب ، وذلك لان وجه اعتبار الشارع لليد ليس حمل تصرف المسلم أو سلطنته الحسية على الصحة ، ولذا يلتزمون بأحكام اليد من الملك وغيره في موضع ليس فيه شيء من التصرف والسلطنة الحسية ، فيحكمون بأن مافي جوانب اللقيط وحواليه ملكه مع عدم أهلية التصرف والسلطنة ، بل الوجه هو غلبة التلازم بين اليد والملك في الخارج .

ولذا قلنا مراراً ان اليد من الامارات العرفية اعتبار الشارع لها عبارة عن امضائها على ماهي عليها عند العرف ، فاذا كان وجه اعتبارها الغلبة وعلمنا في موضع بأن اليد الفلانية خارجة عن الافراد الغالبة وداخلة في الايادي النادرة ــ أعني الغير المالكة ــ فحكمه يبقى حينئذ على حاله الى أن يعلم مايدل على الملك .

وهذا نظير استصحاب الحكم المخصص الخارج عن حكم العام بدليل ،

فان اليد التي كان بدوها عارية ليست أمارة على الملك عند العرف ، فهي من الافراد النادرة ، فاذا لم تكن من الافراد الغالبة فوجودها عند الشك في تجدد الملك كعدمه ، فيجري عليها مايجري على الشك عند عدم اليد رأساً ، فكان الاستصحاب في هذه سليماً عن المعارض .

(وأما القسم الثاني) - أعني مالم يعلم بكونها عارية ونحوها واحتمل كونها عارية واحتمل كونها مالكة - ففيه أيضاً صور :لان ذا اليد اما مقر بالملك السابق للمدعي أم لا ، وعلى الثاني فاما أن الحاكم عالم بأنه كان ملكاً للمدعي سابقاً أم لا .

أما صورة الاقرار فالظاهر أيضاً عدم الاشكال كما عليه ظاهر الاكثر في عدم الاعتبار باليد وأنه ينزع العين منه وتسلم الى المدعي ، مع أنه لاتنافي بين الاقرار بالملك السابق واليد الحالية ، فلو كان الاستصحاب في مقابل اليد ملغى كان اللازم تقديم جانب ذي اليد المقر أيضاً لعدم التنافي .

فيظهر من بنائهم هنا أن اليد في صورة المعارضة لاتعارض استصحاب ملك المدعي وأن الاستصحاب مقدم عليها ، وانما يكون الامر بالعكس بالنسبة الى استصحاب عدم ملك ذي اليد أو استصحاب ملك الغير اذا كان المدعي محكوماً بعدم كونه مالكاً ، كما اذا كان المالك معلوماً أو مجهولا وكان المدعي شخصاً آخر جار في حقه أصالة عدم الملك لابالنسبة الى استصحاب ملك المدعي ، كما اذا فرض كون العين ملكاً له سابقاً .

والحاصل ان الظاهر أنه لاعبرة باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي ، بل الظاهر الاشكال في حكومة صرف اليد على الاستصحاب مطلقاً حتى في غير صورة المعارضة مالم يكن ذو اليد مدعياً لملكية مافي يده أو متصرفاً كما عرفت

فالامر الثابت من أدلة اليد انما هو اعتبار دعوى ذي اليد قولا أو فعلا أو حالا في غير صورة المعارضة والمخاصمة ، وأما ماعداه ففي غاية الاشكال .

والظاهر أيضاً أنه لاخلاف معتد به فيما قلنا ـ أعني عدم الاعتبار باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي. يدل على ذلك ماظاهرهم الاتفاق عليه من جواز الشهادة بالملك اعتماداً على الاستصحاب ، اذ قد عرفت في المسألة المتقدمة ـ أعني مسألة تعارض الملك القديم والاقدم ـ المفروغية عن قبول الشهادة بالملك القديم مع ضميمة قول الشاهد « لاأعلم مزيلا » ، وان الخلاف انما كان في الشهادة بالملك السابق مجرداً عن الضميمة ، وان ظاهر المحقق وغيره سماع الشهادة المجردة أيضاً ، فكيف عن صورة الضميمة أو صورة الشهادة بالملك الفعلي اتكالا على الحالة السابقة .

ودعوى ان الكلام في تلك المسألة كان مفروضاً في تعارض بينة الخارجين ولا تعارض فيه بين اليد وبين الاستصحاب كما لايخفى. مدفوعة باطلاق كلماتهم في تلك المسألة حيث أن المحقق في الشرائع وغيره ذكرها على نحو الاطلاق الشامل لصورة المدعي والمنكر .

وقد صرح الشهيد في القواعد بأن المعتبر في الشهادة علم الشاهد بالمشهود به في زمان التحمل لافي زمان الاداء. وهذا صريح في جواز الشهادة بالاستصحاب خصوصاً بعد ملاحظة ماذكره بعد ذلك ، حيث استثنى عنه موارد لاينفك العلم بها في زمان عن العلم به في زمان آخر كالنسب فقال انه يعتبر فيه العلم بالمشهود به في زمان الاداء أيضاً ، ثم قال في الوقف انه لو قيل بجواز بيعه كان كالاول ، أي ممايكفي فيه العلم في زمان التحمل خاصة وان قيل بعدم جواز بيعه كان كالثاني ـ أعني النسب .

والظاهر أن ذلك ـ أي جواز الشهادة بالاستصحاب في صورة التنازع ـ

من المسلمات بين الفقهاء ، فلا وجه لوسوسة صاحب الكفاية تبعاً للمقدس الاردبيلي في ذلك حتى استشكلا في نفوذ الاقرار بالملك السابق أيضاً .

[اليد لاتعارض الشهادة بمقتضى الاستصحاب]

ودعوى ان جوازالشهادة بمقتضى الاستصحاب مقصور على مثل العقود والديون ونحوهما مما لايعارضه فيه يد فعلية. مخالفة لظاهر الكل وصريح الجل كما لايخفى على المتتبع الخبير .

فاذا جازت الشهادة بالاستصحاب بطل اعتبار اليد في مقابله ، اذ لامعنى للجواز مع حكومة اليد على الاستصحاب ، اذ لايرد بالجواز هنا الا المضي ، والا فمن الواضح أن الشهادة بكل أمارة شرعية أو عرفية جائزة تكليفاً ، بمعنى أنه لااثم على الشاهد مع عدم ابراز الاخبار والشهادة بصورة الجزم المؤدي الى الكذب والتدليس .

فما في الوسائل من حمل الاخبار الدالة على جواز الشهادة بالاستصحاب على صرف الاباحة جاعلا له أحد وجوه الجمع بينها وبين مادل على دلالة اليد على الملك كما يأتي انشاء الله تعالى[1] . لعله ليس على ماينبغي .

نعم ظاهر الاخبار حكومة اليد على الاستصحاب لاطلاقها من حيث كون اليد معارضاً باستصحاب ملك المدعي وعدمه ، الا أن يحمل على مقام العمل دون المرافعة والخصومة. وهو في غاية القرب والوجاهة ولو بعد ملاحظة بناء الاصحاب على جواز الشهادة بالملك السابق مع ضميمة « لاأعلم مزيلا » لكن مع مراعاة الشرط المذكور ــ أعني كون ذا اليد ذا ادعاء قولا أو فعلا أو حالا وحينئذ تكون حكومة اليد على الاستصحاب مقصورة على صورة ادعاء ذي اليد

(١) الوسائل ج١٨ ب١٧ من ابواب الشهادات ح١و٢و٣ .

مع عدم معارضة ادعائه بادعاء آخر ، فلو تجردت اليد عن الادعاء فلا عبرة به على اشكال كما سبق .

وأما لو ادعى وكان ادعاؤه معارضاً بادعاء آخر فلينظر فان كان المدعي هو الذي كان مالكاً سابقاً قدم الاستصحاب على اليد ، وان كان غيره كان اليد أيضاً مقدماً لانه لامعارض لها حينئذ سوى أصالة عدم مالكية ذي اليد نفسه .

وقد عرفت أن اليد مع ضميمة الادعاء ـ أي ادعاء ذي اليد ـ حاكمة على أصالة عدم مالكية نفسه مطلقاً ، وأما بالنسبة الى أصالة بقاء الملك غير المدعى فهي وان لم تكن مقدمة عليه الا أن هذا الاستصحاب لما لم يكن ملزماً لشيء للمدعي على المدعى عليه كان وجوده في تلك الدعوى كعدمه ، فلا يلتفت اليه الحاكم حتى يحكم بعدم اعتبار اليد لأجله ، لان الحاكم وظيفته الاقتصار في العدول عما تقتضيه الاصول والظواهر على ماهو ميزان للقضاء ، بأن يكون نافعاً للمحكوم عليه .

ومما يدل على ماذكرنا من عدم الاعتبار باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي ، رواية منصور المتقدمة(١) الواردة في تعارض بينة الداخل والخارج وغيرها من روايات أخر مشتملة على جواز الشهادة بموجب الاستصحاب .

وجه رواية منصور على ذلك :ان بينة المدعي في تلك الرواية كانت شاهدة بأن الدابة أنتجها المدعي ولم يهب ولم يبع. ومن الواضح أن المقصود بالهبة والبيع مطلق أسباب النقل ، والشهادة على عدم النقل لاتكون الا تعويلا على استصحاب عدم الناقل .

ونحوها في الدلالة رواية معاوية بن وهب قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله ثم يأتينا هلاكه ونحن لاندري

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح١٤ .

ماأحدث في داره ولا ندري ماأحدث له من الولد الا أنا لانعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان لفلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد على هذا . قال : نعم . قلت : الرجل يكون له العبد والامة فيقول أبقعبدي أو أبقت أمتي فيؤخذ في البلد فيكلفه القاضي البينة ان هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه أنشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً . فقال عليه السلام : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به[1] .

دلت بصدرها وذيلها على جواز الشهادة بالملك مع احتمال حدوث الناقل وذيلها ـ وهو قوله « لم تشهد » ـ أظهر ، لانه وقع موقع الاستفهام الانكاري، فيجري مجرى قوله عليه السلام في رواية حفص « ولولا ذلك لما قام للمسلمين سوق » .

والعجب أنه يحتمل بعض معارضة ذيلها لصدرها ، بحسبان أن قوله « لم تشهد » نفي بمنزلة النهي ، وهو مع وضوح فساده بل غلطيته بحسب العبارة ، لعدم وجه للتعبير عن لانشهد بلم تشهد . مدفوع بملاحظة تعليق الحكم على المرء المسلم أو اضافة الغلام اليه ، فانهما يأبيان عن النهي عن الشهادة ، كما لايخفى على من له أدنى دراية بمعاني الكلام .

وربما يدل على المدعى أيضاً ماورد في تنازع أقرباء المرأة مع أبيها بعد موتها في الاشياء التي جاءت بها من بيت أبيها من تقديم قول الاب[2] ، حيث

(١) الوسائل ج١٨ ب١٧ من ابواب الشهادات ح٢ .
(٢) الوسائل ج١٧ ب٨ من ابواب ميراث الازواج ح١ .

أنها صريحة في الاخذ بالحالة السابقة مع احتمال انتقال الاشياء اليها هبة ونحوها وكون المرأة ذات يد عليها .

فان قلت : اذا جازت الشهادة بمقتضى الاستصحاب لغى اليد في مقابله ، ولازمه عدم ترتب آثار الملك في صورة غير المعارضة والمنازعة أيضاً .

قلت : هذه الصورة يعلم حكمها بالسيرة الجارية بين المسلمين ، فتكون هي المقصود والمراد في أخبار اليد ، ففي غيرها لابد من العمل بموجب الاستصحاب .

[اليد المجردة عن التصرف والادعاء مقابل الاستصحاب]

ومن هنا ربما يشكل فيما ذكرنا آنفاً من عدم العبرة باليد المجردة عن التصرف والادعاء في مقابل الاستصحاب ، لان قضية مااستثناه من الصورة بحكم السيرة أن يقال : ان نزاع المنازع شرط في حجية الاستصحاب ، فلو نازع أحد مع ذي اليد كان الاستصحاب حجة عليه، لتعارض دعواه مع دعوى المدعي فيمحض المعارضة بين مجرد اليد والاستصحاب، فيقدم الاستصحاب، للاجماع ظاهراً على جواز العمل بالاستصحاب في مقابل اليد ، وجواز الشهادة بموجبه في صورة وجود المنازع ، وان لم ينازع أحد لم يجز العمل بالاستصحاب بل يجب الحكم بالملك لاجل اليد .

وهو من غرائب الكلام ، لان النزاع غاية تأثيره معارضة دعوى ذي اليد مع دعوى خصم المنازع وملخص المعارضة بين مجرد اليد والاستصحاب ، وهذا موجود أيضاً في صورة عدم ادعاء ذي اليد بشيء من وجوه الادعاء ، فلا معنى لتقديم الاستصحاب على اليد مع المنازع وعدمه بدونه مع عدم الادعاء .

الا أن يقال : ان دعوى المنازع كما يبطل أثر ادعائه كذلك يبطل أثر يده،

فيكون الاستصحاب سليماً ، ففي صورة عدم المنازع يتمحض المعارضة بين صرف اليد والاستصحاب ، فيمكن القول حينئذ بتقديم جانب اليد وعدم الاعتداد بالاستصحاب .

وفي كلام العلامة في محكي المختلف بعض الاشارة الى هذا المقام كما سننقل انشاء الله تعالى .

ومن جميع ماذكرنا في صورة اقرار ذي اليد للمدعي ظهر حكم صورة عدم الاقرار ، فان المدعي اما أن يقيم البينة على الملك الفعلي ولو بالتعويل على الاستصحاب ، بأن يقول « انه كان ملكه أمس مثلا ولا أعلم له مزيلا » وأما أن لايقيم ، فان أقام البينة أنتزعت العين من ذي اليد ولا يلتفت الى يده لتقدم الاستصحاب عليه كماعرفت في صورة المنازع .

وان لم يقم فان كان الحاكم عالماً بأنها كانت ملكاً للمدعي سابقاً ففي قضائه حينئذ بعلمه اشكال : من تقدم الاستصحاب على اليد كما عرفت ، ومن أن الملك السابق ليس أمراً ملزماً على المدعى عليه كما سبق في مسألة تعارض القديم والاقدم ، فلا وجه لقضائه عليه بعد أن لم يكن علمه متعلقاً بأمر ملزم الا بعد الاستصحاب الذي ليس من موازين القضاء كما سبق .

ولعل الثاني أظهر ، بناءاً على مامر من أن الثابت عند الحاكم لابد أن يكون ملزماً بنفسه على المدعى عليه من غير ضميمة استصحاب الحاكم ولو في الزمن السابق ، فعلمه بما ليس بملزم الا به ليس علماً بالميزان .

نعم قد يقال : انه ينبغي أن يطالب البينة من ذي اليد ، لعدم العبرة بيده في مقابل الاستصحاب وان لم يصلح الاستصحاب ميزاناً للقضاء ، فان ابطاله أثر اليد لامانع منه ولا بعد بالتزامه .

الا أن يقال : بأن استصحاب الحاكم غير مؤثر مطلقاً لافي القضاء ولا في

انقلاب المنكر مدعياً ، لان الانقلاب بالاخرة يرجع الى القضاء بالاستصحاب ولو في بعض الاحوال ، وهو صورة عدم اقامة ذي اليد البينة .

بقي شيء ، وهو أن سائر الاحكام العملية غير القضاء هل يترتب على اليد في حال المنازعة أو يقدم الاستصحاب عليها في مقام العمل أيضاً، والظاهر الاخير لما مر .

تلخيص

(فيه توضيح لما ابسطنا)

وهو أن اليد اما أن لاتكون معارضة باستصحاب ملك أحد معين أو غير معين ، أو يكون :

فعلى الاول تكون دليلا على الملك مطلقاً، فيترتب عليها جميع أحكام الملك حتى الشهادة عند القائلين بجواز الشهادة بالملك لاجل اليد . من غير فرق بين صورة تصرف ذي اليد أو ادعائه للملكية وعدمها، ولابين وجود المنازع وعدمه لكونهما دليلا على الملك في مقابل أصالة عدم مالكية صاحبها .

وعلى الثاني فاما أن لاينازعه أحد أو ينازع : وعلى الاول يقدم اليد على الاستصحاب في جميع الاحكام مع التصرف أو الادعاء وبدونهـا على اشكال سبق . وعلى الثاني فاما أن يكون ذو اليد منكراً ـ بأن يكون المنازع غير من علم بكون العين ملكه سابقاً ـ أو يكون مدعياً : وعلى الاول يقدم اليـد على الاستصحاب أيضاً في جميع الاحكام حتى في أحكام القضاء سواء كان ذلك الغير معلوما أو مجهولا . وعلى الثاني فاما أن يكون ذو اليد مقراً بملكه سابقاً أم لا : وعلى الاول لاعبرة باليد مطلقاً ، وعلى الثاني فان أقام المدعي بينة على الملك

السابق فكذلك ، والا ففي قضاء الحاكم بعلمه بالملك السابق اشـكال عرفته . والله العالم بحقائق الاحكام .

[الشهادة على الملك باستناد العلم السابق]

ولنختم الكلام بذكر مسألة ذكرها في محكي المختلف فان فيها بعض التأييد لما فصلنا ، قـال قدس سره : مسألة قال أبو الصلاح : واذا كان الشاهـد عالماً بتملك غيره دارا أو أرضاً أو غير ذلك ثم رأى غيره متصرفاً فيها من غير منازعة من الاول ولا علم باذن ولا مقتضى لاباحة التصرف من اجارة أو غير ذلك لم يجز له أن يشهد بملكها لواحد منهما حتى يعلم مايقتضي ذلك في المستقبل .

وليس بجيد ، لان العلم السابق يستصحب حكمه الى أن يثبت المزيل ، والتصرف مع السكوت لايدل على الخروج عن الملكية ، بخلاف مالو شاهد غيره متصرفاً بغير منازع ولم يعرف سبق الملك لاحد عليه . فان جماعة من أصحابنا جوزوا له أن يشهد بالملك المطلق، أما مع سبق العلم بالملك المعين فلا.

قال : واذا غاب العبد أو الامة عن مالكه لم يجز له أن يشهد ماكان يعلمه من تملكه لهما ، الا أن يعلم غيبته لاباق أو اذن المالك .

وليس بجيد كالاول. نعم ان اعترضه شك في بقاء الملك لم يجز له أن يشهد بأنه الان ملكه بل انه كان ملكه في الزمان الماضي وكان مقصوده ذلك ، وحينئذ يصح ماقاله « ره » ـ انتهى كلامه وسع الله مقامه .

ولقد أجاد بافادته حقائق :

(منها) خروج اليد المعارضة باستصحاب ملك أحد معين عن مورد جواز الشهادة بالملك لاجلها. ومن الواضح خروجها حينئذ عن جميع الاحكام المترتب

على اليد من الشراء وغيره ، لثبوت الملازمة بينهما بحكم روايـة حفص[١] ، حيث استدل فيها الامام عليه السلام بجواز الشراء على جواز الشهادة ، فصارت الملازمة بين الشهادة والشراء وغيرهما من الاحكام أصلا حتى يثبت التفكيك من الخارج كما ثبت في البينة، فان الشراء وغيره من آثار الملك المترتب عليها قولا واحداً ، بخلاف الشهادة كذلك أو على المشهور .

(ومنها) الفرق في دلالة اليد على الملك بين ادعاء ذي اليد وعدمه وبين وجود المنازع وعدمه وبين معارضته بالاستصحاب وعدمه ، وهي الامور التي فصلنا الكلام فيها .

(ومنها) جواز الشهادة بموجب الاستصحاب ان لم يعرض لـه شك في البقاء ، أعني التزلزل والتحير الذي لايكون الا مع قيام أمارة عرفية أو شرعية على خلاف الحالة السابقة وعدم الجواز مـع عروض الشك . وليس المراد مطلق الشك، بل التحير الذي ليس بناء العرف على الاغماض عنه بمجرد صرف الحالة السابقة ، كما هو الظاهر بعد تأمل مافي كلامه .

قال في الوسائل بعد ذكر أخبار اليد ورواية حفص وغيرها ماهذا لفظه :ولا ينافي هـذا مايأتي في باب الشهادات من جـواز الشهادة بالاستصحاب ، لان المفروض هناك عدم دعوى التصرف الملكية، على أنه لامنافاة بين جواز الشهادة وبين عدم قبولها لمعارضة ماهو أقوى منها ولابين جوازها وعدم وجوب القضاء قبلها ـ انتهى كلامه رفع مقامه[٢] .

وفي كلامه نظرات لاتخفى على المتأمـل ، وان كان في اشتراط دعوى المتصرف في دلالة اليد بعض التأييد لما قلنا . والله العالم .

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح٢ .
(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح١٥ .

القول فى التداعى فى العقود

التقـاط

[التنازع فى العقد المتسالم على وقوعه]

قد سبق في التداعى في الاملاك أن الاصل في القضاء أن يكون أولا بالبينة ومع تعذرها ـ بأن يكون نسبتها الى كل من المتداعيين بالسوية ـ فالقرعة مع اليمين ، ومع تعذرها ـ بأن نكل الاخر عن اليمين بعذرد من خرجت باسمه عنها ـ فالتنصيف ، ومع تعذره ـ بأن لايكون قابلا لـه كالزوجية ـ فبالقرعة المجردة على أحد الاحتمالات كمامر .

اذا عرفت هذا فاعرف أنه اذا تنازعا في العقد المتسالم على وقوعه ، فهذا يتصور على وجهين :

(أحدهما) أن يكون المقصود من النزاع في العقد عوضاً أو معوضاً صرف التوصل الى النتيجة، أعني المسبب ، كما اذا قال المالك «آجرتك بدرهمين» وقال المستأجر « بل بدرهم » .

(الثاني) أن يكون الغرض سوى النتيجة، بأن يكون الغرض حكماًوضعياً

ثابتاً للعقد ، كأن يقول المستأجر « أجرتني بدرهمين » ويقول المالك « بل بدرهم » ، وذلك في مواضع : مثل أن يكون مقصود المستأجر اثبات الغبن فيفسخ المعاملة ، ومثل أن يكون النزاع بعد الفسخ مع تسليم العوض فتأمل ، ومثل أن يقول المشتري « اشتريت بألف » ويقول الشفيع « بل بمائة » .

وبالجملة سواء كان مدعي الزيادة هو المالك أو المستأجر أو البائع أو المشتري أو الاجنبي كالشفيع ، فان الغرض من هذه الدعوى في هذه الصور ونظائرها ليس المال واشتغال الذمة وعدمه ، بل الغرض حكم وضعي غير ثابت لنفس العقد .

فان كان الغرض هو الاشتغال فلا ريب ، كما أشرنا اليه أن ذكر العقد حينئذ مجرد توطئة لايكون منشئاً لملاحظة التداعي في نفسه ، بل لابد حينئذ من النظر في الاشتغال وتقديم قول كل من يوافق قوله الاصل أو تقديم بينته .

وعن الشيخ القول بالتحالف . ولا وجه له كما تقدم ، لان ذكر العقد في هذا الفرض توطئة لدعوى اشتغال الزائد ، فلابد من ملاحظة الدعويين في النتيجة لافي العقد حتى يكون كل منهما مدعياً فيجري فيه التحالف .

وان كان الثاني ـ وهو أن يكون للعقد جهة موضوعية بأن يكون الغرض ثابتاً في نفس العقد كما في الصور المفروضة ـ فههنا يحكم بالتداعي والتحالف مع عدم البينة وبتعارض البينتين مع التساوي والقرعة .

لكن المحكي عن الحلي والاكثر تقديم قول المستأجر مع عدم البينة وترجيح بينة المؤجر مطلقاً لكونه من باب المدعي والمنكر . وهو جيد في القسم الاول لافي هذا القسم الذي فرضنا تعلق الغرض فيه بنفس العقد .

ويمكن تنزيل اطلاق كلامهم على الغالب ، اذ الغالب في التداعي في الاجارة بعد التسالم على المنفعة في المدة المعينة كون المالك مدعياً لزيادة الاجرة ،

فيكون مدعياً حينئذ لكونه من القسم الاول ، فيتجه تقديم بينته وكذا تقديم قول المستأجر مع عدم البينة .

[الفرق بين المقام وماسبق من حكم المتداعيين]

هذا، واعلم أن التداعي في الاملاك مقتضى القاعدة فيها بعد تعارض البينتين القرعة دون التحالف كما أشرنا اليه هنا وأوضحناه فيما سبق ، ومقتضى القاعدة في المقام خلافه ، أعني التحالف .

والفرق هو أن كلا من المتداعيين فيمانحن فيه مدعي لشيء وهو العقد المعين ومنكر لشيء آخر وهو العقد الذي يدعيه صاحبه . ففي كل منهما جهة ادعاء وجهة انكار ، ووظيفتهما باعتبار جهة الادعاء البينة وباعتبار جهة الانكار الحلف، فاذا تعذر القضاء بوظيفة الجهة الاولى لفقد البينة منهما أو لتعارض البينتين تعين القضاء بمقتضى الجهة الثانية ، وهو الحلف .

ولذا حكموا بالتحالف هنا عند عدم البينة ولم يحكموا به في التداعي في الاملاك بل بالقرعة أو التنصيف كما مر ، لعدم كون كل من المتداعيين هناك منكراً من جهة أخرى غير جهة الادعاء . لكن مع ذلك ترى الكل أو الجل هنا حاكمين بالقرعة بعد التعارض والتساوي ، ولعل الوجه في ذلك هو النظر الى اطلاق مادل على القرعة في تعارض البينتين أو عمومه الشامل للتداعي في الاملاك والعقود .

ومثل الاول مالو رجعت الزيادة والنقيصة الى اللفظ ، كما لو قال المؤجر بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة عشر ، فان القول قول المالك ، لاصالة عدم ذكر الخمسة .

ومثل الثاني مالو كان الاختلاف في الفرض بين المتباينين ، كما لو قال

أحدهما « آجرتني بثوب » وقال الاخر « بل بعبد » ، فان الحكم فيه هو احكام التداعي ، فان لم يكن لاحدهما بينة تحالفا ، فان حلفا حكم بالتفاسخ ظاهراً .

ويشكل الاول بأنه يؤدي الى حبس كل منهما حق الاخر مقاصة ، مع أنه وردت أن اليمين تذهب بما فيه، وقد تقدم رفع الاشكال في يمين المنكر، فارجع وتأمل. ويشكل الثاني بأن الحلف ليس الا ميزاناً للقضاء، والتفاسخ يحتاج الى سبب جديد للنقل .

وقد يوجه ــ بعد ظهور الاتفاق الا عن الشيخ في محكي الخلاف حيث قال فيه أيضاً بالقرعة نظير صورة تعارض البينتين ــ بأن حلف كل منهما على نفي استحقاق الاخر يوجب سقوط حقه أبداً ظاهراً ، لان يمين المنكر تذهب بما فيه مطلقا ، وهو معنى الانفساخ، لان المالك اذا حلف على عدم الاجارة بعشرين مثلا سقط حق المستأجر عن العين المستأجرة ظاهراً بيمينه وكذا العكس ، فيترتب عليه ابقاء كل من العوضين في يد مالكه وهو الفسخ .

وان نكلا فهل يحكم أيضاً بالتفاسخ ؟ لم ينصوا على شيء في المقام . والظاهر نعم كما عن الدروس لعين ماقلنا في صورة التحالف ، لان نكول كل منهما يوجب سقوط حق الناكل . ومرجعه الى التفاسخ ، لانه اذا سقط حق المؤجر عن الاجرة بنكوله وسقط حق المستأجر عن المنفعة بنكوله لزم من النكولين اقرار المنفعة في يد المالك واقرار الاجرة في يد الاجير .

وفيه : ان سقوط الحق بالنكول هذا لابد أن يراعى الى زمان قيام البينة، لنكول المدعي عن اليمين المردودة على مابينا سابقاً ، نظراً الى كون النكول هنا أيضاً نكولا عن يمين المدعي المردودة من المنكر ، لأنه اذا نكل كل منهما عن يمينه التي هي يمين المنكر ، فلابد من الرد الى الاخر ، فنكول الاخر عن اليمين لابد نكول عن اليمين المردودة وكذا الاول .

نعم لو قلنا بأن النكول عن اليمين المردودة كيمين المنكر في اسقاط الحق أبداً وانه لايسمع البينة بعده ، كما استدللنا بظاهر قوله عليه السلام « وان نكل - أي المدعي - فلا حق له » وبينا وجه دلالته في اليمين المردودة ، اتجه كون نكولهما في المسألة بمنزلة حلفهما في الاسقاط الابدي ، ويتفرع عليه التفاسخ الظاهري .

وان أقام أحدهما البينة دون الاخر ففي المسالك قضى له ، وهو واضح .

وفيه اشكال سبق في مسألة أن بينة المنكر اذا سمعت بينته كما اذا كان انكاره ملزوماً أو لازماً لجهة اثبات أمكن اقامة البينة عليه فهل تغني بينته عن حلفه .

وجه الاشكال : انه على تقدير عدم الاغناء كما هو القوي بل الاقوى كما تقدم لزم الحكم هنا بالحلف مع البينة، لانه منكر لما يدعي عليه صاحبه وان كان مدعياً عليه شيء آخر واقامة البينة على دعواه وان كان تحققه لانكاره لكن الحلف حق للمدعي فلا يسقط بثبوت حق لخصمه عليه .

ثم ان اطلاق كلامه لابد أن ينزل أيضاً على ما اذا كان التداعي في العقد راجعاً الى الاختلاف في أحد العوضين بأن يكون صدور عقد واحد معين مشخص مفروغاً عنه فيما بينهما وكان نزاعهما في العوض أو المعوض كالامثلة المتقدمة .

وأما اذا كان راجعاً الى الاختلاف في العقدين مع احتمال تحقق كل منهما في نفس الامر ، فأقامة أحدهما البينة على دعواه لايوجب سقوط دعوى الاخر ، بل يجب القيام بوظائف تلك الدعوى من الحلف وغيره ، كما اذا اختلفا فقال البائع « بعتك داراً بدينار » وقال الاخر « بل فرساً بدرهم » فان قيام أحدهما البينة لايوجب طي دعوى الاخر كما لايخفى .

الا أن كون ذلك من التداعي في العقد لايخلو عن شيء ، لان الاختلاف

هنا ينحل الى دعويين مستقلتين ، وان أقام كل منهما البينة فقد عرفت أن قضية القاعدة التحالف عكس التداعي في الاملاك .

لكن أدلة القرعة في تعارض البينتين مطلقة، فلابد من الاقراع، وعليه الكل أو الجل . ومن خرجت باسمه حلف وقضي له، وان نكل وحلف الاخر قضي له ، وان نكلا فقد يقال ان الحكم هنا أيضاً التفاسخ بالبيان المشار اليه .

[الفرق بين النكول نصاً والنكول في دعوى الاملاك]

ومن ذلك البيان يظهر أيضاً وجه الفرق بين نكولهما نصاً وبين نكولهمافي دعوى الأملاك كالعين ، لان نكول كل منهما يوجب تعطيل العين ان لم يثبت كون التنصيف من وجوه القضاء بعدتعذر الجمع. بخلاف نكولهما فيالتداعي في العقد . فان قضية النكول سقوط حق الناكل ، ويترتب عليه بقاء كل من العوضين في يد مالكه .

وهل التفاسخ هنا أيضاً مراعى أم لا ؟ والظاهر العدم ، لان الفرق قيام كل منهما بينته وتساقطهما ، فلا شيء بعدها حتى ينتظر ، فالتفاسخ حينئذ ثابتمطلقاً الا أن يبنى علىترجيح البينة بالاكثرية ونحوها ممايتوقع حصوله في المستقبل فان المراعاة حينئذ لها وجه .

والأظهر أن نكولهما هنا لايوجب الانفساخ ، وقياسه بنكولهما في صورة التحالف ـ أعنيصورة عدم البينة ـ باطل ، لان النكول هناك نكول عناليمين المردودة عن المنكر كما بينا ، وقد عرفت الكلام فيه . بخلاف النكول هنا ، فانه نكول عن اليمين التي هي بمنزلة جزء البينة ، لان يمين من خرجت باسمه القرعةليست يمين منكر،لان انكاره امامن جهةكونه منكراًلدعوى الاخر فهوحق ولكنه غير ملحوظ فيصورة تعارض البينتين بحكم أخبار القرعة وان كان على

خلاف القاعدة كما عرفت، وان كان من جهة كون من خرجت باسمه منكراً باعتبار كون القرعة لتعيين المنكر وتميزه عن المدعي كما سبق الى بعض الاوهام ـ وفاقاً للمحكي عن الشيخ ـ فقد عرفت فساده في دعاوي الاملاك في مسألة تعارض البينتين، فليست اليمين هنا الا كيمين جزء البينة في كونها يميناً ثابتاً للمدعي دون المنكر، فاذا لم تكن هذه هي اليمين المردودة فلا توجب نكولها سقوط الحق ولو مراعى وانما غايته سقوط الدعوى .

نعم لو ثبت أن النكول عن كل يمين بمنزلته بالنسبة الى الحق لا الى الدعوى فكما أن يمين من خرجت باسمه مثبتة لحقه فكذلك نكوله يكون مسقطاً للحق لا للدعوى خاصة ، كان الحكم بالفسخ بعد نكولهما في المقام وجيهاً ، لان سقوط حق كل منهما في معنى الفسخ كما قررنـا . ولكنه غير ثابت . غاية الامر كون النكول عن يمين المنكر كذلك وهو لا يوجب القول به في كل نكول .

وحيث أنه لاوجه لسقوط الدعويين أبداً في المقام بل في جميع المقامات لاستلزامه تعطيل الحق المنافي للحكمة الباعثة على تشريع القضاء ، ولا ينـافي ذلك التوقيف في بعض الموارد الذي حصل فيه من عجز الخصمين عن القيام بالميزان مع كونه مجعولا من قبل الشارع كايقـاف دعوى المدعي على اللص مثلا اذا لم يكن له بينة كما أوضحناه في مسألة القضاء بالتنصيف في التداعي في الاملاك اتجه الحكم هنا أيضاً بالتنصيف لعين أدلة القضاء به في الاملاك .

فان قلت : التبعيض في العقد غير جائز .

قلنا : نفس العقد من حيث هو مع قطع النظر عما يترتب عليه من الاحكام لايصلح أن يكون مصبـاً للدعوى ، فمصب الدعوى هـو الفرض المقصود ، والتنصيف في الفرض أمر ممكن حتى فيما اذا اختلفا فـي أحد العوضين على

وجه التباين ، بأن يقول البائع « بعتك بعبد » وقال المشتري « بل بأمة » فانــه ينصف كل من العبد والامة بينهما نصفين .

ولاينافي ذلك العلم الاجمالي بخلافه ، لانه لازم في موارد القضاء بالتنصيف مطلقاً ، سواء كان في التداعي في الاملاك أو العقود . وقد وجهنا في تلك المسألة القضاء بالتنصيف مع كونه معلوم بطلانه اجمالا أو قلنا انه مخالفة للعلم من حيث العمل لا من حيث القضاء ، فان القضاء به قضاء بما لا يستطيع أحد المتخاصمين رده وعدم الرضا به الا على وجه يحتج على فساده بالبينة التي هي من موازيــن القضاء ، فصار القضاء به من أطراف القضاء بالبينة وآثارها وفوائدها . فارجع وتأمل .

نعم لو كان التداعي في نفس العقد على وجه لا يعقل معه التنصيف ففيه القرعة المجردة ، لان الحلف مع القرعة في مثله لغو كما ذكرنا سابقــاً ، لان الحلف الذي لا يترتب على نكوله ثمرة يكون طلبه لغواً .

اللهم الا أن يجوز ايقاف الدعاوي عند فقد الميزانين أعني الحلف والبينة وجعل الايقاف من الثمرات ، فحينئذ يجب طلب الحلف أيضــاً رجاءاً لنكول من خرجت باسمه ، فيتوقف الدعوى .

واما على ماقوينا من عدم معنى للتوقيف فالوجه هو الاكتفاء بالقرعة ، ولا ينافي هذا ذكر الحلف في إخبار القرعة ، فانه منزل على ما اذا كان الحلف له فائدة بأن يترتب على نكوله فائدة ولو ايقاف الدعوى ، فاذا لم يترتب الفائدة على النكول لغى الاحلاف .

لكن الايقاف ليس من الفوائد ، لعدم جوازه عقلا بملاحظة الحكمة ، مضافاً الى دلالة الروايات على كون التنصيف أيضاً من طرق القضاء ، ولا مورد له الا في المقام ونظائره مما ليس فيه القضاء بالحلف والبينة والقرعة ممكناً .

نعم يحتمل أن يقال بالقرعة المجردة ثانياً ، أي بعد القرعة الاولى والاحلاف ونكولهما لكن القول به مشكل بعد عدم مصرح به من الاصحاب ، وكون عمومات القرعة لكل امر مشكل من العمومات التي لا يعمل بها الا بعد فتوى جملة الاصحاب بمقتضاها .

وحيث أن ظاهر الاصحاب في المسألة ـ أعني التداعي في العقود بعد تعارض البينتين ـ عدم الاكتفاء بالقرعة الاولى مجردة عن اليمين ، انحصر الامر بين التنصيف أو جعل النكول هنا كالنكول في صورة التحالف في كونه سبباً للفسخ ، فأيهما يبطل باجماع ونحوه يتعين الاخر . فلو ادعى أن التنصيف في الاختلاف في الثمن على وجه التباين أو المثمن مخالف للاجماع قلنا حينئذ بالتفاسخ لا بالقرعة المجردة .

والحاصل ان الاحتمالات في المسألة ـ أعني ما اذا أقرع وأحلف من خرجت باسمه ونكل ورد الى الاخر مشكل أيضاً ـ أربعة : أحدها الاقراع ثانياً من غير يمين ، والثاني ايقاف الدعوى وهما باطلان ظاهراً بالاجماع ، والثالث التنصيف مع الامكان ، والرابع الانفساخ .

ومقتضى القاعدة هو الاول للعقل والنقل كما عرفت ، فان كان مخالفاً للاجماع تعين الرابع ، فيجعل الاجماع على بطلان الاول كاشفاً عن كون النكول عن كل يمين واجبة موجبة لسقوط الحق ، أو عن كون القرعة في تعارض البينتين لتميز المنكر عن المدعي حتى يكون يمين من خرجت باسمه يمين انكار . والله العالم .

التقـاط

[اختلاف الموجر والمستأجر في الاجرة اومدة الاجارة]

ذكر في الشرائع الاختلاف في زيادة الاجرة ونقصانها ، ونقل فيه قولين

وتردد فيهما : أحدهما الحكم بتقديم بينة المالك لكون القول قول المستأجر فيكون بينته بينة الخارج ،والثاني الحكم بتعارض البينتين لان كلا منهما يدعي عقداً يتبعه الاخر .

ثم قال : ولو ادعى استيجار دار فقال الموجر « آجرتك بيتاً منها » قال الشيخ يقرع بينهما ، وقيل القول قول الموجر ، والاول أشبه ، لان كلا منهما مدع . ولو أقام كل منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ ــ انتهى كلامه طيب مقامه.

وهذه المسألة عكس مسألة الاختلاف في الاجرة قلة وكثرة ، وظاهر هذه العبارة أن قول الشيخ بالقرعة انما هو في صورة عدم البينة مع أنها مورد التحالف لا القرعة .

نعم للشيخ قول آخر في محكي الخلاف بالقرعة في مورد حكم الاصحاب فيه بالتحالف ، أعني صور فقد البينة . ولكن هذا القول من الشيخ مذكور في المبسوط لا في الخلاف ، ومذهبه في المبسوط مثل مذهب الاصحاب ، أعني التحالف عند عدم البينة في التداعي . والدليل عليه أن العلامة نقل هذا القول عن مبسوط الشيخ في محكي التحرير . وعبارته المحكية وكذا عبارة التحرير كلاهما صريحتان في أن مورد كلام الشيخ في مسألة الاختلاف في الدار أو البيت صورة عدم البينة ، ففي عبارة الشرائع نوع مؤاخذة .

وكيف كان فالاظهر في المسألة ماذكره صاحب المسالك من أن النزاع هنا يرجع الى نزاع المدعي والمنكر لا الى التداعي ، فقول القيل هو الاظهر ، لان انتقال البيت متفق فيه وانما الشك في الزائد ، نظير الاختلاف في الاجرة .

لكن المحقق مع تردده في الاختلاف في الاجرة اختار في مسألة البيت قول الشيخ ، أعني تعارض البينتين الذي هو من خواص التداعي ، ولايجري في المدعي والمنكر .

والفرق بينهما بعيد كما في المسالك ، مع أنهم في باب الاجارة لم يفرقوا بين الاختلاف في الاجـرة أو في العين المستأجرة ، فحكموا بتقديـم قول المستأجر مطلقاً اذا رجع النزاع الى مقدار أحد العوضين .

وقد يوجه الفرق بأن الدار مركبة ، ونقل شيء مركب نقل واحد متعلق بأمر واحد وان كان مستلزماً لنقل الاجزاء تبعاً ، الا أن النقل التبعي غير ملحوظ في انشاء نقل المتبوع ، بخلاف الاجرة اذا كانت مرددة بين الاقل والاكثر كالمائة والالف فان تمليكها ينحل الى تمليكات عديدة حيث تعدد الاجزاء ، فالاختلاف في الاجرة مع ثبوت القدر المتيقن يرجع الى التداعي مطلقاً . وفيه تأمل .

ثم على تقدير كونه من التداعي والحكم بالقرعة والقضاء بالتنصيف بالنكول كمامر ، فالبيت ان اتفقا على اجارته كما في كشف اللثام وهو في اجارته الى أن تمضي المدة ويقتسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجرة بحسبها .

قال بعض مشائخنا قدس سره : وفيه ان المتجه في الاول ثبوت تمام الاجرة مع أجرة مافيه النزاع ، مثلا اذا كان الدار لها بيتان كان للمستأجر بيت ونصف بأزاء سبعة ونصف على الاول وبأزاء مجموع العشرة على الثاني .

وهو الحق ، لان نظر الفاضل الى قاعدة انفساخ العقد والمعاوضة بالنسبة الى نصف ماعدا البيت ، وعليه فلابد من جعل قسط من العوض في مقابل ماعاد الى ملك الموجر .

وليس في محله ، فان تنصيف الباقي هنا انما هو لاجل العمل بالبينتين في نصف مؤداهما ، ومقتضاه العمل ببينة الموجر في نصف البيت ، بأن يجعل نصف الدار ــ وهو البيت ــ في مقابل نصف الاجرة وهو الخمسة ، ويرجع حاصله الى اعطاء بيت ونصف بأزاء العشرة .

ولك أن تقول : انه يجمع العوضان ــ وهو عشرون ــ ويجمع العوضان ــ

وهو الدار وبيتاً وهو نصفه في المثال المفروض ـ ويقسمان ، ويرجع الحاصل الى أن المستأجر يأخذ نصف العوضين وهو نصف الدار ونصف البيت الذي هو ربع الدار بأزاء نصف الاجرتين وهو العشرة .

ولك أن تقول : ان المتفق عليه يبقى بحاله ، فالأجرة والبيت يبقيان بحالهما ويقسم المختلف فيه ـ وهو ماعدا البيت من الدار ـ وقد يختلفان في الزمان مع الاتفاق في الاجرة والعين ، فيدعي المستأجر شهرين والموجر شهراً . ويعرف حكمه مماذكر ، فيأخذ العين المستأجرة في شهر ونصف شهر بأزاء تمام الاجرة لمامر .

[حكم مالو كان البينتان مؤرختين]

هذا كله اذا كان البينتان متفقتين في التاريخ أو مطلقتين ، فان كانتا مؤرختين بطل الثاني لعدم تعلقه بمحمل قابل للاثر . ثم ان كان المقدم بينة الدار فلااشكال وان كان بينة البيت بطل الثاني بالنسبة الى البيت لامطلقا ، فيصح العقد في الباقي ويسقط من الاجرة بالنسبة . ففي المثال المذكور ـ أعني البيت المشتمل على البيتين المتساويين ـ يثبت على المستأجر خمسة عشرة بأزاء مجموع الدار كما يظهر بالتأمل .

هذا اذا علم اتحاد العقد وفساد أحد العقدين ، ولوفرض امكان اجتماعهما ـ كما اذا احتمل انتقال منفعة الدار بعد الاجارة السابقة الى المالك لاقالة ونحوها ـ فعن الدروس انه يجمع بين الاجارتين ، لان الاستيجار يبطل ملك المستأجر فيما سبق ، وهو على تقدير حجيته خارج عن مفروض كلام الاصحاب ، لان الكلام في تعارض البينتين ، وهنا لاتعارض .

مع امكان المناقشة فيما ذكره من العمل بالاستيجار الثاني جمعاً : أما أولا فلان الاكثر في مسألة تعارض بينة القديم والاقدم يرجح الاقدم ، وأما ثانياً فلان مقتضى الجمع تقديم السابق أيضاً وانه مثل مالو تداعيا على عين وأقام أحدهما بينة على أنه اشتراها من الاخر أمس وأقام هوعلى أنه ملكه في الحال أو بعد الامس .

وقد عرفت سابقاً في تلك المسألة أن بينة الاقدم اذا كانت مسببة عن سبب ملزم أخذ بها ويطرح بينة القديم بالملك المطلق . فارجع وتأمل .

وهنا كل من أقام البينة على الاجارة السابقة فقد اقامها على الملك المسبب عن سبب ملزم ، فيؤخذ بها . الا أن يقال : ان بينة القديم هنا أيضاً تشهد بالملك المسبب كالاقدم . والله العالم .

التقاط

[ادعاء مدعيين شراء دار معينة]

لو ادعى اثنان شراء دار معينة في يد ثالث واقباض الثمن للبائع : فان لم يكن لاحدهما بينة أقرت في يد ذي اليد مع يمينه لهما ، وان صدق أحدهما دفعت اليه وحلف الاخر ان الاقرار بمنزلة التلف السماوي والاسقط الحلف لانفساخ العقد على تقدير ثبوته بالاقرار ، ولو قال « لاأدري لايكما » تقارعا أو تحالفا على الوجهين المتقدمين في التداعي على العين ، ولو أقام كل واحد البينة أقرع بعد التساوي في التاريخ ، فان حلف من خرج اسمه أخذ العين وللاخر استرداد الثمن عملا ببينته من دون معارض ، لان المعارضة انما كانت في المبيع لامتناع كونه لهما وأما اقباض كل منهما الثمن فأمر ممكن يثبت بالبينة .

وهل يفيد تصديق ذي اليد لاحدهما بأن يصير العين للمصدق أو يجعله

داخلا فيقدم بينته أو بينة الاخر الخارج . وفي الشرائع لايقبل قـول البائع لاحدهما. وهو كذلك لعدم الدليل على حجية قوله بعد معلومية عدم كونه مالكاً بموجب البينتين .

وما قلنا من قبول قوله مع عدم البينة لايستلزم القبول معها ، لانه في حال كونـه محكوماً بمالكية مافي يده اقراره نافذ في حقه ، فاذا أقر لاحدهما نفـذ وثبت الملك ، وأما بعد معلومية عدم كونه مالكاً فلا دليل على حجية قوله .

ودعوى أن قول ذي اليد مسموع فيما في يده ولو لم يكن يده يـد ملك . مدفوعة بعدم الدليل على أن اخباره حجة على الغير ، وقبول قوله مع عدم البينة انما هو لاجل كونه اقراراً لا لاجل كون اخباره حجة .

ونقل عن الشيخ في المبسوط قبول قول البائع تنزيلا للبينتين المتعارضتين منزلة ما اذا شهدت بينة واحدة على أنها لاحدهما ولم يتعين .

وفيه : ان الفرق بينهما غير بعيد ، لان البينة القائمـة على أنها لاحدهما وجودها كعدمها لانها ليست حجة معتبرة. بخلاف البينتين المتعارضتين، فانهما معتبرتان في أنفسهما. والتعارض انما يرجع على التعيين، فهما حجتان متعارضتان متفقتان في عزل المالك عن العين وجعله أجنبياً عنها ، فلا أثر لقوله حينئذ . بخلاف البينة المحتملة ، فانها ليست حجة في شيء فـلا توجب عزل المالك وجعله أجنبياً حتى لاينفذ اخباره .

نعم لو بني على احتمال أبداه في الدروس من تساقط البينتين وعود المالك الى الحالة الاولى ، أعني حالة عدم قيام البينة حتى أنه يحلف حينئذ لهما مثل صورة عدم البينة أمكن حينئذ قبول قوله لهما .

ولكنه خلاف ظاهر الاصحاب ، فانهم قائلون في تعارض البينتين بالقرعة كما تقدم .

[الجمع بين رأيي العلامة الحلي]

وما ذكرنا من عدم قبول قول البائع لاحدهما هو الذي صرح به العلامة هنا، لكنه قال سابقاً في المسألة الثالثة من مسائل بقايا الدعاوي أنه لو أقر الثالث فالوجه أنه كاليد ترجح البينة فيه . وهو بظاهره مناف لما ذكره هنا .

ويمكن الجمع بأن الترجيح غير قبول قوله ، بمعنى كون اقراره حجة وسبباً لصيرورة المقر له بمنزلة ذي اليد .

وقوله « كاليد » متعلق بقوله « ترجح » قدم للتوطئة ، وجعله في كشف اللثام خبراً لان . وهو بعيد ، لانه يعطي اشكالا في كون اقرار ذي اليد لاحد بمنزلة كون المقر له صاحبه مطلقاً ، سواء كان للمتداعيين بينة أم لا ، حيث أن لفظ « الوجه » يشعر بالخلاف أو الاشكال .

مع أنه ليس كذلك ، لأن كون اقرار ذي اليد بمنزلة اليد في الجملة ولو في حال عدم البينة ليس محلا للاشكال . وجعل المراد انه كاليد في مفروض الكلام - أعني تعارض البينتين - رجوع الى ماذكرنا مع قصور في العبارة عن تأدية المراد . فافهم .

ولو نكل وحلف الاخر انعكس الامر، ولو نكلا اقتسماهما بناءاً على ماتقدم نصفين ولكل منهما استرداد نصف الثمن ، وله أيضاً الفسخ لتبعيض المبيع عليه قبل قبضه كما في الشرائع .

وقوله « قبل قبضه » اشارة الى كون ذلك الخيار خيار التلف قبل القبض. وعليه فيسقط خيار من كان منهما معترفاً بتسلم العين كما عن الكشف .

وربما يتوهم أنه خيار خروج بعض المبيع مستحقاً للغير بل مغصوباً، وهو يقتضي ثبوت خيار التلف الذي لابد فيه من عدم الاعتراف بقبض . فما أورد

بعض مشائخنا على الفاضل من عـدم الفرق بين دعوييهما قبض المبيع وعدمها بناءاً على كون الخيار هذا لاجل ظهور المبيع مستحقاً للغير . ليس في محله .

ولعله نشأ من الخلط بين مانحن فيه وبين مالو ادعى على المشتري وأقـام البينة على كون المبيع له ، فان بطلان البيع حينئذ لاجل ظهور المبيع مستحقاً للغير مع امكان القول فيه أيضاً بعدم البطلان من أصله بل من حينه .

وعلى التقديرين فهو خارج عما نحن فيه ، اذ المفروض في المقام اعتقاد كل منهما كذب الاخر و كذب بينته، فهو من باب لو غصب المبيع بعد القبض في عدم كونه سبباً لانفساخ العقد اجماعاً . والله العالم .

التقـاط

[ادعاء اثنين البيع مع تعيين المبيع والثمن]

لو ادعى اثنان بيع شيء معين من واحد بثمن معين عكس المسألة السابقة، فحكم المسألة ماعرف في نظائره من الاقراع والاحلاف والتنصيف بعد نكولهما.

فلو اختلف تاريخ البينتين قضى بالثمنين كما في الشرائع لامكان جمعهما، بأن اشتراه من أحدهما ثم باعه من الاخر فاشترى منه أيضاً . وانما لم يؤثر في المسألة السابقة اختلاف التاريخ لان الشراء لايجوز أن يكون لملك نفسه بخلاف البيع فانه يجوز أن يكون لملك غيره ـ كذا قيل .

ومراده أن الانسان لايعقل أن يشتري مال نفسه ، فاذا ثبت تعـدد الشراء بموجب البينتين لامكان الجمع كما عرفت أشتغل ذمة المشتري بالثمنين لغيره. فعليه ايصال كل ثمن الى صاحبه، بخلاف البيع فانه لماكان في ملك الغير ممكناً فمجرد تعدد البيع لايثبت استحقاق المتأخر للمبيع لامكان كونـه فضولياً عن المشتري الاول الذي ينكر بيع الثاني ويرده على تقدير وقوعه له أيضاً فضولة.

وأورد عليه بعض مشائخنا قدس سره أن احتمال كون الشراء لمال نفسه فضولياً أيضاً ممكن .

قلت : وجه الامكان أن زيداً مثلا يشتري داراً من عمرو ثم يوكل شخصاً عن نفسه في البيع ويشتري هو عن قبل بكر فضولة . وهو جيد ، لكن الشراء الفضولي مع انكار المالك البائع لايوجب على المشتري ثمناً ، لان الانكار رد للعقد الفضولي . والله العالم .

التقاط

[ادعاء رقية الصغير المجهول النسب]

الصغير المجهول النسب اذا كان في يد أحد وادعى رقيته قضي بذلك ظاهراً كما في الشرائع وغيره ، بل الظاهر باعتراف بعض أهل الخبرة عدم الخلاف في هذا المقام .

نعم نقل عن بيع التذكرة القول بعدم الحكم ، ولعله غير مختص به في غير المقام .

نعم في كون القضاء مراعى الى البلوغ أو منجزاً خلاف ، كالخلاف في قبول دعوى الرقية مع اليمين كما عن الشيخ والتذكرة أو بدونها كما هو ظاهر الاكثر من المحقق وغيره .

ولعل اليمين هنا استظهار لجانب الصغير شبه اليمين الاستظهاري، والتقييد بمجهول النسب ليس لاجل عدم تصور الشك في معلوم النسب ، بل لاجل أن النسب اذا كان معلوماً فربما تقع المرافعة بين المدعي والمنسوب اليه ، فيخرج عن موضوع هذه المسألة ـ أعني القضاء فيما لاتعارض لذي اليد استناداً الى يده أو الى دعواه .

وقد ناقش في قبول قوله بعض مشائخنا قدس سره لرواية حمران الواردة في تنازع رجل وامرأة على جارية يدعي الرجل أنها أمته وتدعي المرأة أنها بنته[1]. وفيها : وان لم يقم الرجل البينة على ماادعى ولم تقم البينة على ماادعت خلي سبيل الجارية . ولان اليد انما تدل على الملكية بعد احراز قابلية المحل لامطلقا .

وربما يؤيده أن أحداً لايحكم بملكية ولد يكون مع الرجل له من دون دعوى الرقية ، فبقي اعتبار قوله لاجل الدعوى بلا معارض .

وهو أيضاً مشكل ، لانه على ذلك ينبغي أن لايفرق بين الصغير والكبير ، مع أن دعوى رقية الكبير الظاهر أنهم لايقولون به هنا والالغى التقييد بالصغير.

نعم عن غاية المراد التسوية بينه وبين الصغير ، بل قيل ان ذلك قضية كلام الاصحاب ، وصرح به المحقق في غير المقام ، بل في بيع القواعد أنه لايسمع دعوى عبد يباع في الاسواق .

والذي يقتضيه التأمل هوعدم الاعتداد بمجرد اليد هنا ، لان اليد العارية عن التصرف لاتدل على الملك بل على تعيين المالك بعد احراز كون ماهي عليه مالا ، ولذا يحكم بملكية اللقيط لثياب بدنه ونحوه .

بل الظاهر أن موضوع اليد مع عدم احراز صلاحية ماعليه اليد للملكية غير متحقق ، فلا يقال ان زيداً صاحب يد على صغير في بيته لم يعلم أنه ابنه أو عبده مالم يعامل معه معاملة العبد . وكذا الدعوى المجردة عن اليد ، كما اذا ادعى أحد رقية صغير أو كبير خارجين عن يده .

وأما اليد المجامعة مع التصرف كالاستخدام ونحوه ومع دعوى الملكية

---

(١) الوسائل ج١٨ ب١٢ من ابواب كيفية الحكم ح٩ .

فالظاهر أنها تدل على الملكية بشرط سكوت من عليه اليد لصغر وجنون ونحوهما، فلو ادعى الحرية فالظاهر تقديم قوله .

وماورد في الروايات من عدم قبول دعوى العبد الذي يباع الحرية الابالبينة[1] كظاهر فتواهم في باب البيع لابد أن ينزل على ما اذا تكرر البيع في الاسواق حتى تكون دعوى الحرية راجعة الى دعوى التحرير والاعتاق أو على خصوص دعوى التحرير ، اذلايمكن الجمع بين ظاهر لفظ « العبد » و « الامة » وظاهر لفظ « الحرية » في تلك الرواية ، فلابد اما من حمل العبد والامة على العبد والامة الظاهريين – أي بمقتضى ظاهر اليد والتصرف – أو حمل دعوى الحريـة على دعوى التحرير بقرينة ايقاف سمع دعواها على البينة مع كون الحرية على طبق الاصل الاولي .

[الدليل على رقية الصغير المدعى رقيته]

ثم الدليل على ماذكرنا من الحكم بالرقية في صورة اجتماع الامور الثلاثة أو الاربعة – أعني اليد والتصرف والادعاء وسكوت المدعى عليه – بعد السيرة الجارية – تلك الروايات الدالة على مطالبة البينة من مدعي الحرية بعد استظهار الاحتمال الاول ، أعني كون المراد بالعبد والامة الظاهريين . أعني ماهـو عبد وأمة بحسب الظاهر بحسب حال المسلم ، اذ هو لايكون بمجرد اليد ولابمجرد الدعوى ، لانه لايحصل الظهور النوعي الابعد اجتماعهما .

نعم في مقابلها روايات تدل على عدم سماع دعوى الرقية الابالبينة ، مثل صدر الرواية المتقدمة « الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسـه بالرقية »[2] ،

(١) الوسائل ج١٣ ب٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الوسائل ج١٨ ب١٢ من أبواب كيفية الحكم ح٩ .

وهو مدرك من أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة ، فانه يدفع اليه ويكون رقاً . ونحوها غيرها مع زيادة قوله « صغيراً كان أو كبيراً » .

لكن يمكن الجواب عنه بأن موردها ماإذا كان المقام مقام دعوى الرقية ، وهولايكون الا اذا لم يكن للمدعي ظهور عرفي باليد والتصرف ، اذلايصدق حينئذ عليه المدعي ، فلابد أن يكون المقام خالياً عن أمارة عرفية أوشرعية دالة على الرقية لامثل العبد الذي يباع في الاسواق كما بينا .

بل الظاهرأن صورة قيام الظهور النوعي على الرقية باليدالجامعة للتصرف والادعاء غير مشمولة لهذه الرواية ولو مع قطع النظر عن الروايات المعارضة، لظهور اختصاص هذه الرواية بصورة الدعوى التي لاتجامع مع كون المدعي محكوماً بمالكيته عرفاً ، وحينئذ فالاستثناء قرينة على أن المراد بالناس من كان يدعي رقيته دعوى عرفية أوشرعية لا كل من ادعى رقيته ولو بموجب اليد والتصرف ، فهو خارج عن موضوع هذه الرواية .

ومع الغمض عن ذلك فالروايات معارضة مخصصة لها كما لايخفى .

وأما ذيل الرواية المشار اليها الواردة في تداعي رجل وامرأة على جارية ، فعدم شمولها لمانحن فيه أظهر ، لان الجارية لم تكن تحت يد الرجل المدعي لرقيتها بل كانت بينه وبين المرأة المدعية لبنتيتها ـ كما هو ظاهر صدرها ـ عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة .

ولو سلم كونها في يده ـ كما هو ظاهر قوله « قلت فان لم يقم شهوداً أنها مملوكة له قال تخرج من يده » ـ فهو أيضاً خارج عما نحن فيه الذي هو اجتماع اليد والتصرف مع ادعاء ذي اليد بلا معارض ، اذ المعارضة ولو من الاجنبي توجب انتفاء الظهور النوعي عن اليد في الملك مع عدم احراز قابلية ماعليه اليد للملكية لشبهة الحرية ونحوها .

والسر في ذلك أن اليد في غير الامور المعلوم المالية ليس لها ظهور عرفي أوشرعي في الملكية ، بل موضوع اليدفيها لايتحقق الا بعد كشفها عن التصرف المالكي ، والتصرف المالكي مع وجود مدعي الحرية لايمكن احرازه ،اذ الاستخدام ونحوه مشترك بين الحر والعبد ، فلابد في تحصيل الظهور العرفي من فرض الاستخدام أو التعرض للبيع أونحو ذلك مما هو متفرع على الملك مع السلامة عن ادعاء الحرية . وهذه الصورة هي القدر المتيقن من مجرى السيرة .

[ادعاء حرية الرق الصغير بعد بلوغه]

هذا ، ثم ان قبول قوله في الرقية ان كان لاجل اليد لزم عدم سماع دعوى الصغير بعد البلوغ للحرية الا مع البينة . وهذا معنى المحكي عن السرائر من عدم الالتفات الى قوله حتى بعد البلوغ لسبق الحكم برقيته ، وكذا يرجع الى هذا الوجه ما عن التذكرة وموضع من القواعد من قبول قوله واحلاف ذي اليد .

ولايتوهم أن الحلي أراد عدم السماع حتى مع البينة . اذلاوجه لذلك ولا يقول به أحد ظاهراً . وان كان لاجل الدعوى بلامعارض لزم قبول قوله بعد البلوغ : اما مع اليمين ان قلنا بأن الدعوى بلا معارض لا يجعل صاحبها بمنزلة المنكر بالنسبة الى الدعاوي المتأخرة ، أومع يمين ذي اليد ان قلنا بأنها تجعل صاحبها كالمنكر . والاول محكي عن الارشاد .

فصارت الاقوال في سماع دعواه بعد البلوغ ثلاثة : أحدها عدم السماع الامع البينة وهو المراد من محكي السرائر كما عرفت ، وثانيها السماع مع

اليمين كما عن الارشاد ، وثالثها السماع مع اليمين على ما في يده كما عن التذكرة.
فظهر وجود الاقوال أيضاً . والله العالم .

التقـاط

[اعتراف الرقية لاحد المدعيين]

اذا ادعى اثنان رقية أحد فاعترف لاحدهما مع عدم البينة قضى لـه ، لان الاقرار حينئذ يجعل المقر له مالكاً ، فيصير جانبه قوياً باعتبار كون قوله موافقاً لامارة شرعية .

فالوجه في تأثير اقرار الثالث هنا غير الوجه في تأثير اقراره فـي دعوى الاموال ، لان اقراره يجعل المقر له صاحب يد ، لان اقرار ذي اليد في الاموال لغيره يرجع الى الاقرار بأن يده متفرعة على يد المقر له بعارية ونحوها . بخلاف اقرار المدعى عليه هنا ، اذ الحر ليس له يد على نفسه حتى ينكشف باقراره أن يده عارية من المقر له وأنه ذو اليد .

نعم في دعوى الاموال يجري الوجهان ، فالمقر له فيها يصير القول قوله من جهتين :(احداهما) صيرورته مالكاً بسبب الاقرار، فهو الذي يوافق قوله امارة شرعية ، كما قلنا في دعوى الحرية أيضاً .

(وثانيتهما) صيرورته صاحب يد لكشف اقرار ذي اليد عن كون يـده من جانب المقر له .

هذا حال الاقرار مع عدم البينة، وأما معها ففي قبوله لاحدهما وجهان تقدما في التداعي على العين ، فان المسألتين من واد واحد .

وربما يظهر من كشف اللثام الفرق ، حيث مال في تلك المسألة الى أنـه كاليد ترجح البينة وفاقاً لموضع من القواعد كما سبق ، وقال هنا بعدم قبول

الاقرار . وهو بعيد ، لان البينة فيدعوى العين توجب خروج اقرار ذيالبدعن صلاحية النفوذ علىالاخر ، لكونه اقراراً فيحق الغير فيدعوى الحرية توجب المقر عن صلاحية الاقرار ، فالفرق واضح .

وان شئت قلت : ان المدعى عليه في دعوى الحرية بعد اقامة البينتين لا ينفع اقراره لاحد المتداعيين ، سواء قلنا في التداعي على العين بقبول اقرار ذي اليد بعد تعارض البينتين أملا . أما على الثانيفواضح ، وأما علىالاول فلان قبول اقرارذياليد فيالعين اما لاجل كونه سبباً لصيرورة يده نائبة عن يدالمقر له فيكون المقر له ذااليد أولاجلصيرورة المقر له مالكاً بسبب اقرار ذياليد وكونه ملزماً فيكون العين له ظاهراً .

وشيء من الوجهين لايجري في الاقرار بالرقية بعد تعارض البينتين : أما الاول فلان الانسان لايدله على نفسه ، لان الحر لايدخل تحت اليد ، فلا يثبت بالاقراركون يده عارية من المقر له . وأما الثاني فلان البينة على الرقية توجب خروج المقر عن صلاحية الاقرار ، فيكون لغواً .

وهذا بخلاف اقرار ذياليد، فانه وانكان فيحق الغير بعد قيام اقامة البينتين لكن وجه اعتباره علىالقول به هو حجية اخبار ذي اليد من حيث كونه ذا اليد، سواء كان ذلك الاخبار اقراراً على نفسه ــ أي ملزماً لشيء على نفسه ــ كما في صورة عدم اقامة البينة أو لم يكن اقراراً وملزماً بل كان محض اخبار كما اذاكان بعد قيام البينتين . فاذا كان اخباره معتبراً صح أن يكون سبباً لترجيح بينة المقر له من باب الاعتضاد .

وحيث لايد للشخص على نفسه كان الاقرار بالرقية بعد قيام البينتين لغواً ، لعدم كونه من باب اخبار ذي اليد ، فينحصر قبول اقراره فيصورة عدم البينة .

فانه نافذ ، لان اقرار العقلاء على أنفشهم جائز ، وهو موجب لصيرورة المقر له مالكاً لرقيته باقراره كما عرفت . والله العالم .

التقـاط

[كيفية تقسيم المدعى به مع اقامة البينة والاختلاف في المقدار]

لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها وأقاما البينة ، فالمشهور أنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع ولمدعي النصف بالربع ، فالدار يكون بينهما أرباعاً على حد الحكم المنصوص فيمرسل ابن حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر هما بيني وبينك . قال «ع» : قد أقر أن أحد الدرهمين ليس فيه شيء وأنه لصاحبه وأما الاخر فبينهما[1] . ونحوه مرسل كما في كشف اللثام أنه لافرق فيما ذكرنا بين كون العين في أيديهما كما هو مورد الرواية أو في يد ثالث كما يأتي .

نعم لو جعل مورد الرواية النزاع في درهم معين من الدرهمين ـ كما هو ظاهر لفظ « أحد الدرهمين » ـ خرج مانحن فيه عن مورده ، وأما لو جعل المورد أحدهما الكلي كما يشعر به قوله « بيني وبينك » كان دليلا في المسألة زيادة على القاعدة .

وقد مر في السابق ذكر الاحتمالين في الرواية وترجيح الاول ، الا أن تنصيف النصف المختلف فيه فيما نحن فيه نظير تنصيف أحد الدرهمين هناك باعتبار كونه مردداً بينهما .

ووجه ماذهب اليه الاكثر أن نصف الدار لانزاع فيه ، سواء كان مدعي

(١) الوسائل ج١٢ ب٩ من أحكام الصلح ح١ .

النصف مقراً بأنه لصاحبه أو ساكتاً أو شاكاً ، وانما النزاع في النصف خاصة وقد تعارض فيه البينتان فوجب النصف بعد القرعة والنكول كما لو تداعيا عيناً.

[كلام ابن الجنيد في المسألة ورده]

وذهب ابن الجنيد الى تقسيمها بطريق العول ، فقال : انها تقسم أثلاثاً فيجعل لمدعي الكل ثلثان ولمدعى النصف ثلث ، نظير ضرب الديان في مال المفلس والميت نظراً الى أن المنازعة وقعت في النصف المشاع ، فكل جزء من العين مورد للمنازعة . ومقتضاه أن يجعل بين المتنازعين بنسبة دعواهما ، فيجعل لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث، لان نسبة النصف الى الكل نسبة الثلث الى الثلثين . هذا خلاصة المحكي عنه في المسالك .

والاصل في المسألة هو أن المسألة هل هي من باب تزاحم الحقوق أو من باب تعارض الامارات ، فان كانت من الاول اتجه كلام ابن الجنيد ، لانه اذا اجتمع في شيء حقوق لايسع ذلك الشيء لها لزم الجمع بطريق العول وادخال النقص على كل واحد ، فاذا كان مدعي الكل حقه الكل بموجب بينته ومدعي النصف حقه النصف وأريد الجمع بين الحقين في الدار التي تداعياها لزم تقسيمها بينهما على وجه يكون الواصل الى كل ذي حق بقدر ماوصل الى الاخر بنسبة حقه ويكون الفائت من كل حق بقدر الفائت من الاخر ، وهو لايكون الا بالعول . وان كانت من الثاني وجب فيه مراعاة قواعد الجمع ، وهو تصديق كل أمارة في مورد التعارض بقدر تصديق الاخر ، فيجب تصديق بينة الكل في محل التعارض بقدر تصديق بينة النصف عملا ، وهو لايكون الا بالتنصيف .

اذا تحقق ذلك ظهر أن ماذكره ابن الجنيد ليس في محله :

أما أولا : فلان المقام من باب تعارض الامارتين ، لان البينة كاشفة عن

الواقع ومثبتة له ، ومقتضى كشف بينة الكل اعطاء مدعيه نصف الدار ، لانها لامعارض لها بالنسبة اليه . وان شئت جعلت النصف له من جهة عدم المعارض لامن جهة البينة، فيبقى النصف الاخر الذي يتعارض فيه البينتان هو محل النزاع فينصف ويعطى كل واحد ربع الدار عملا بقاعدة التعارض في باب تعارض البينة .

وأما ثانياً : فلان ماذكره مبني على فرض أحد المتداعيين مستحقاً للكل والاخر مستحقاً للنصف حتى يكون من باب التزاحم كضرب الديان . وهذا لادخل فيه لكون النصف الذي فيه النزاع مشاعاً سارياً الى جميع الاجزاء ، اذ غاية مايلزم من السراية جريان النزاع في كل جزء قابل للقسمة، فجرى فيه ماقلنا في الكل من سلامة نصفه لمدعي الكل لعدم معارض له ولبينته وتنصيف النصف الاخر . ولعل الغرض من توسيطه اشاعة النصف في أثناء الدليل الاحتراز عن صورة تعيين النصف المتنازع فيه ، فانه لاوجه لطريق العول فيه .

فان قلت : قد سلف أن قيام البينة في باب المرافعات سبب لثبوت الحق لاطريق اليه ، والا لكان اللازم التوقيف دون التنصيف ، ولم يكن لقضاء أمير المؤمنين عليه السلام بالتقسيم حسب عدد رؤوس الشهود في بعض قضاياه وجه كما مر[1]، وحينئذ لايكون المقام من باب التزاحم، لان بينة الكل سبب لاستحقاق مدعيه اياه وكذا بينة النصف .

قلنا : قد ذكرنا أن البينة في غير صورة التعارض طريق وانما هي سبب في موضع النزاع . والامر فيما نحن فيه أيضاً كذلك ، لان بينة الكل بالنسبة الى النصف الغير المتنازع فيه طريق صرف ، فيحكم به لمدعي الكل بلا معارض

(١) الوسائل ج١٨ ب١٤ من ابواب الشهادات ح١و٢ .

وبالنسبة الى النصف المتنازع فيه سبب محض ، كما أن بينة مدعي النصف أيضاً كذلك ، فيعامل معهما معاملة السببية ، ونقول :

ان كلا منهما مستحق لتمام ذلك النصف باعتبار كون بينته سبباً لاستحقاقه، فلابد من الجمع بين حقهما ، وهو لايمكن الابطريق العول ، بأن يأخذ كذلك منهما ربعه ليكون الواصل الى كل والفائت من حقه بقدر الواصل والفائت من حق الاخر .

لايقال : لانسلم أن هنا نصفاً غيرمتنازع فيه حتى يكون يعمل بينة الكل في ذلك النصف وانما يكون كذلك لوقال مدعي النصف لي أحد النصفين . وليس كذلك ، لانه يدعي النصف الكلي ، ولذا لوباع مالك النصف المشاع نصفه نفذ في الربع دون الربعين ، وذلك لان النصف المشاع ليس عبارة عن أحد النصفين ، بأن يفرض العين نصفين ويكون كل منهما مشاعاً ، بل هو عبارة عن النصف الذي لايقابله نصف آخر ، وهو كلي ساري الى جميع الاجزاء. فكل جزء يفرض قد وقع النزاع فيه معيناً أو غيرمعين كالثلث والربع والنصف ونحوها، فبينة الكل أيضاً بينة في مورد الخصومة وليس بينة في غير مورده حتى بالنسبة الى النصف حتى يعمل به من غير معارض .

قلت : لافرق بين أن يكون المتنازع فيه أحد النصفين أوالنصف الكلي ولابين أن يكون نصف المجموع محلا للنزاع أويكون نصف كل جزء قابلا للتنصيف، لان نصف المجموع على التقدير الاول أونصف كل جزء على التقدير الثاني يسلم لمدعي الكل من غير منازع ، فيعمل بينته فيه .

وان شئت قلت : ان النزاع في كل جزء على أي تقدير كان يرجع الى استحقاق مدعي النصف نصف ذلك الجزء وعدمه ، فمدعي الكل يقول ليس لك نصف هذا الجزء ومدعي النصف يدعيه ، فمقتضى الجمع بين البينتين

تنصيف النصف المتنازع فيه ، ومجرد كون كل جزء محلا للدعوى ومـورداً للخصومة لايقتضي التزاحم أو التعارض في مجموع الاجزاء ، لان سريان حق مدعى النصف الى كل جزء ليس باعتبار تمامه بل باعتبار بعضه .

[هل النزاع فى تمام العين اوتمام الاجرة]

وتوضيح المقال يتوقف على تحرير محل النزاع وأنه تمام العين أوتمـام الاجزاء باعتبار تمامها أو باعتبار بعضها :

(فان كان الاول) فلا محيص عن مقالة ابن الجنيد من العول ، سواء كان العمل بالبينة في الحقوق من باب الطريقية أومن السببية، أماعلى الثاني فواضح، وأماعلى الاول فلان الطريق اذا كان العمل به واجباً ولو مع المعارضة ولم يجز التوقف عندالتعارض يكون حكمه حكم السبب، اذلافرق بين سبب العلم أوسبب المعلوم اذا كان العمـل بسبب العلم واجباً شرعاً ، فالعمل بالبينة سبب لثبوت حق المتداعيين معاً ، سواء كانوجه العمل كون البينـة من باب أسباب وجود الحق كسائر الاسباب الشرعية أو من باب أسباب العلم به .

وانما يتجه الفرق بينهما لوكان سبب العلم باقياً على أصله من التوقف كما في الاحكام .

(وان كان الثاني) اتجه قول الشيخ ، أعني عدم العول . ونحن قد بينـا أن نصف العين سالم لمدعي الكل وليس مصباً للدعوى ومحل تعارض البينتين. وان كان قضية دعوى النصف المشاع سريان الدعوى الى تمام اجزاء العين من غير تعيين ولاتشخيص باشارة حسية ، لان وصف التمام ليس مصباً للدعوى وانما يتداعيان في التمام باعتبار نصفه ، فلا جرم يختص التعارض والتنازع في ذلك النصف .

وهذا معنى قول الشيخ ان العمل في المسألة بقاعدة المنازعة ، يعني ان قاعدة المنازعة تقتضي اخراج ما لانزاع فيه ثم يقسم الباقي .

هذا، ويمكن استظهار قول الشيخ ـ وهو القول المشهور ـ من مرسل حمزة المشار اليه ، اذ فيه تعليل اختصاص أحد الدرهمين بمدعي الاثنين بأن صاحبه أقر بأنه ليس له . وهذا ان لم يكن من العلة المنصوصة فلا أقل من صلاحية استيناس الحكم المشهور منه ، وهو أن أحد الخصمين اذا كان معترفاً ببعض المدعى به لصاحبه وجب العمل بقاعدة القضاء في غيره .

هذا اذا قلنا بأن النزاع في الدرهمين لم يكن على وجه الاشاعة ، والافهو دليل قاطع في المسألة .

ولايذهب عليك أن محل الكلام هنا وان لم يكن خصوصاً صورة اقرار مدعي النصف بالنصف الاخر لصاحبه ، الا أن التفصيل بينها وبين صورة السكوت غير موجود .

[تأييد مذهب ابن جنيد في المسألة]

هذا، واحتمل في القواعد مذهب ابن الجنيد، وذكر في كشف اللثام نظيراً للمسألة على هذا المذهب ، وهو أنه لومات انسان وعليه لاخر ألفان فانه يقسم بينهما أثلاثاً . ثم أجاب عن دليل ابن الجنيد بما ذكره القوم ، وعن النظير بالفرق لان ديان الميت يتنازعون فيما على ذمته لاعلى عين وفي المثال المذكور كلهم يدعي كل التركة . ولذا قال في المختلف وهو ـ يعني قول ابي علي ـ أقوى عندي لو زاد المدعون على اثنين ، يعني واستوعب دعاوي غير مدعي الجميع العين أو زادت عليها .

قلت : أما الفرق المذكور فلا وجه له ، لان العول في ديون الميت ثابت

ولو لم يكن كل واحد مستوعباً ، كما اذا خلف ألفاً وعليه لاخر ألفان ولاخر خمسمائة . وأما تفسير مذهب العلامة في المختلف بما اذا استوعبت دعاوي غير مدعي الجميع العين فليس بظاهر من المختلف ، لانه قوى قول ابي علي فيما اذا كان المدعون أريد من اثنين ، وهو أعم من صورة استيعاب دعاوي غير مدعي الجميع كما لايخفى .

ثم ان هنا تصويراً آخر للاشاعة يقرب قول ابن جنيد ، وهو أن يقال : ان الملك المشاع عبارة عن ملكية مجموع الاجزاء كافة على وجه النقصان ، والملك المطلق عبارة عن ملكيتها على وجه الاستقلال ، فمالك النصف على وجه الاشاعة له سلطنة على الكل سلطنة ناقصة .

وعلى هذا التصوير يتجه قول ابن جنيد بعد ماهو المقرر من أن البينة في المنازعات تجري مجرى الاسباب ، لان مدعي النصف بموجب بينته استحق الكل أيضاً استحقاقاً ناقصاً ومدعي الكل استحق الكل بمقتضى بينته استحقاقاً تاماً ، والجمع بين استحقاقهما للكل لايمكن الابالعول .

ذكره بعض المكملين في مجلس البحث فأجبته بما ارتضاه ، وهوأن مورد الخصومة حينئذ هو استحقاق مدعي النصف للكل استحقاقاً ناقصاً وعدم ذلك الاستحقاق ، فمدعي الكل ينفيه ومدعي النصف يثبته ، ومقتضى الجمع بين البينتين تصديق كل من المتنازعين في النصف المدعى به ، ولاريب أن تنصيف الاستحقاق الناقص للكل يرجع الى ثبوت الاستحقاق التام لمدعي النصف في الربع . فافهم .

[ادعاء التركة بين اكثر من شخصين]

هذا اذا كان المدعون اثنين ، ولو كانوا اكثر فهو على قسمين :

(أحدهما) أن تكون دعاوي غيرمدعي الكلمستوعبة للعين بحيث لايبقى لمدعيالكل شيء من العين سليماً عنالمعارض. كما اذا ادعىأحدهم الجميع وادعى الاخر الثلثين والثالث الثلث ، فطريق القسمة على مذهب المشهور هو أن يقسم العين تسعة عشر : ويعطى ثلثه وهي الستة لمدعي الكل ، اذ لاينازعه فيه مدعي الثلثين ولامدعيالثلث ، وهما معاً وان كانا يعارضانه الا أن المركب منهما ليس مدعياً آخر . ثم يقسم ثلثه الاخر بين مدعي الكل ومدعي الثلثين نصفين، اذ لاينازعهما فيه مدعي الثلث. ثم يقسم الثلث الباقيبينهم أثلاثاً، لانه موضع خصومة الثلاثة ، فيحصللمدعى الكل أحدعشرولمدعي الثلثين خمسة ولمدعي الثلاث اثنان .

وتقسيمه على طريق العول هو أن يعطى مدعي الكل ستة من اثني عشر ، ومدعي الثلثين ومدعي الثلث كلاهما ستة وهما يقسمانها أثلاثاً فيأخذ مدعي الثلثين ثلثاها وهي أربعة ومدعي الثلث ثلثها وهو اثنان .

(والقسم الثاني) هوأن لايكون دعاوي الاخرين مستوعبة ،كما اذا ادعى أحدهم الجميع والاخر النصف والثالث الثلث ، وتقسيمه على طريق العول هو أن يعطى مدعي الكل ستة من أحد عشر ومدعي النصف منها ثلاثة ومدعي الثلث اثنان ، لان نسبة النصف الى الكل ثلثية ونسبة الثلث الى الكل ربعية ونسبة الثلث الى النصف نسبة الاثنين الى الخمسة .

وعلى طريق المشهور هو أن يعطى مدعي الكل النصف أولا ، ثم يقسم السدس الذي لانزاع فيه لمدعي الثلث بينه وبين مدعي النصف نصفين ، ثم يقسم الباقي ـ وهو الثلث ـ بين الكل أثلاثاً ، فلمدعي الكل من ستة وثلاثين خمسة وعشرون ولمدعي النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة .

وذهب العلامة فيظاهرالمختلف الى التفصيل في المسألة ، فاختار مذهب

ابي علي اذا كان المدعون أزيد من اثنين . وقد عرفت أن الفاضل أوله الى ما اذا كان دعاوي غير مدعي الكل مستوعبة ، حيث رأى عدم تأثير تجاوز المدعي عن الاثنين في المسألة الا اذا كان من عدا مدعي الكل دعاويهم مستوعبة حتى يلاحظ مجموع دعاويهم دعوى واحدة وتجعل في مقابل دعوى مدعي الكل لينحصر الامر في العول ، لانه اذا فرض كذلك فلابد من العول .

ولا وجه لمذهب المشهور ، كما لو ادعى اثنان وادعى كل منهما الكل ، فان الامر فيه منحصر في العول حتى على طريقة المشهور ، فيقال مثلا : ان مدعي الثلثين ومدعي الثلث في المثال المتقدم بمنزلة مدع واحد لتمام العين ، فيجعل العين بين مدعي الكل وبينهما نصفين، لان الثلثين والثلث تمام العدد وقد ادعاهما الاثنان فيقسمان النصف بينهما أثلاثاً كما قلنا .

وفيه ما عرفت من أن منازع مدعي الكل ليس الا مدعي الثلثين ومدعي الثلث ، واما المركب منهما فليس بمدع آخر حتى يلزم العول في الكل . فالحق في المسألة هو المشهور مطلقا .

[ملخص وجوه المسالة]

ومما ذكرنا ظهر أن الوجوه في المسألة أربعة : أحدها عدم العول مطلقا وهو مذهب الشيخ والاكثر ، وثانيها العول مطلقا وهو مذهب ابن جنيد ، وثالثها التفصيل بين تجاوز المدعي عن اثنين فالعول وعدمه فعدمه وهو ظاهر المختلف ، ورابعها التفصيل في صورة التجاوز بين الاستيعاب فالعول وعدم الاستيعاب فالعدم وهو الذي فهمه الفاضل من المختلف وقد عرفت ما فيه .

هذا كله اذا كانت العين في يد ثالث ، ولو كانت في أيديهما فاما أن يكون لكل بينة أو لاحدهم أو لايكون بينة أصلا. وحكمها من حيث الدخول والخروج

والتعارض والقرعة والنكول قد ظهر مما سلف ، واما من حيث العول وعدمه فهو مثل صورة خروجها عن أيديهم .

فلو كانت في أيديهما فادعى أحدهما الجميع والآخر النصف قسم بينهما بالسوية بعد حلف مدعي النصف لمدعي الكل لانه ذواليد بالنسبة اليه. ولو أقاما البينة وتكافئا:فان قدمنابينة الخارج كان الكل لمدعي الكل ، وان قدمنابينة الداخل قضي بالتنصيف لمدعيه، وان قلنا بالتعارض وأقرعنا وتحقق النكول من الطرفين فعلى المشهور تكون العين بينهما أرباعاً كما قررنا، وعلى العول تكون أثلاثاً .

واذا استوليت على حقائق ماقررنا عرفت حكم مافي الشرائع والقواعد وسائر كتب القوم من فرض المسألة . والله العالم .

التقاط

[اختلاف الزوجين فى متاع البيت]

اذا تداعى الزوجان متاع البيت ففيه أقوال ذكرها في المسالك ، منشأوها اختلاف الاخبار والاعتبار :

(أحدها) ماعن المبسوط من العمل بمقتضى القاعدة ، فيحكم لمن له البينة ومع عدمها فيد كل منهما على النصف ، من غير فرق بين مايصلح لخصوص الرجال أو لخصوص المرأة أو لهما ، الا أن يخص اليد بأحدهما كثياب البدن وما يجري مجراها في الاختصاص بأحدهما .

(وثانيها) الفرق بين مايصلح للرجال خاصة فيحكم بها لهم وكذا مايصلح للمرأة وبين مايصلح لهما، فيعمل فيه بمقتضى القاعدة كما ذكر. وهذا محكي عن الشيخ أيضاً في الخلاف، وهو الذي نسبه في الشرائع الى الاشهر في الروايات والاظهر بين الاصحاب .

(وثالثها) أنها للمرأة ويطالب الرجل بالبينة . وهذا مصرح بـه في غير واحد من الروايات ، معللا بأنه لو سئل من بين لابتيها – أي بين جبلي منى – لاخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت الرجل فيعطى التي جاءت به[١] .

والعمل بهذه الرواية يقضي بالتفصيل بين البلدان والاقاليم والعمل في كل بلد بموجب ماجرت عليه عادته ، فقد يكون كما أخبر به الامام عليه السلام من كون الجهاز والمتاع من المرأة وقد يكون بالعكس .

ومحصل التفصيل الذي يظهر من الرواية أن العادة ان كانت جارية على زف المرأة مع المتاع من مالها الى بيت الرجل حكم بمقتضى تلك العادة وتجعل تلك ظهوراً متبعاً شرعاً في صورة التنازع حاكماً على الاصل بل اليد أيضاً ، اذ لو خلي وطبعه حكم بها للرجل اذا كان مالكاً للدار ، لان مالك الدار مع مافيها داخل تحت يده ، فاذا كانت العادة على زف المرأة مع المتاع خرجنا بها عن حكم اليد تقديماً للظهور على اليد .

ومن هنا يظهر أن الحكم كذلك في جميع موارد تعارض الاصل والظاهر ، لانه في قوة المنصوص العلة ، فكأنه عليه السلام قال : ان ظاهر الحال مع المرأة فيقدم قولها .

لكن العمل به مشكل ، لان بناء الاصحاب ايقاف تقديم الظاهر على ورود الدليل عليه ، حتى أنهم حصروا مواضع تقديمه على غيره من الاصول والطرق المعتبرة .

لكن لو كان الظهور مثل الظهور الذي حكم الامام عليه السلام باعتباره في هذه الروايات لم يكن التعويل عليه مطلقاً بعيداً ، وميزانه أن تكون العادة جارية

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٨ من ابواب ميراث الازواج ح١ .

على مقتضاه ، بحيث لو سئل الناس عن حكم الواقعة لاخبروا بموجبها ، كما هو صريح كلامه عليه السلام لامطلق الظهور الناشيء من استقرار مطلق العادة .

ثـم ان اخبار الناس بموجبها قدينشأ بمسامحاتهم وتوسعاتهم وجزافاتهم في الاقوال والاخبار ، فيخبرون بموجبها عن تخمين وجزاف من غير تحقيق ، حتى اذا سئل عقلاؤهم وأهل مداقتهم لسكتوا ولم يخبروا بشيء. وحينئذ فاللازم المداقة في معرفة كون اخبارهم عن تحقيق أو تسامح .

هذا كله في الامتعة المشتركة بين الرجال والنساء، وأما مايختص بأحدهما ففيه أيضاً ظهور نوعي بالاختصاص ، ولا بعد في التعويل عليه تبعاً للشيخ مع ورود بعض الروايات فيه .

وعلى أي حال فالمسألة لاتخلو عن غموض، لما فيها من الاختلاف بحسب الاخبار وكلمات الاخيار المخالفة للقواعد . والله العالم .

---

(١) الوسائل ج١٧ ب٨ من ابواب ميراث الازواج ح٢و٣ .

القول فى دعوى المواريث

التقــاط

[ادعاء الاسلام قبل موت المورث]

اذا ادعى أحد الوارثين اسلامه قبـل موت المورث وأنكره الاخر بادعاء التأخير : فاما أن يعلم تاريخ الموت والاسلام أو لايعلم التاريخان، وعلى الاول فالمؤرخ اما الموت أو الاسلام ، فهنا مسائل :

(الاولى) أن يجهل التاريخان

والحكم فيه التوقف والرجوع الى أصالة عدم تحقق سبب الارث ، الأن يبنى في مجهول التاريخين على التقارن ،كما هو ظاهر غير واحد ، فيحكم فيه بعدم الارث لعدم استتمام السبب ، وهو الموت بعد الاسلام .

(الثانية) أن يعلم تاريخ الموت دون الاسلام

والحكم فيه أيضاً عدم الارث ، لاصالة عدم الاسلام في تاريخ الموت. ولا

فرق فيه بين كون الكفر مانعاً أو الاسلام شرطاً، لان المانع اذا كان له حالة سابقة يستصحب .

ولا يجدي أصالة عدم المانع مع احراز المقتضي ولو مع عدم رجوعه الى استصحاب العدم . وقد قررنا في الاصول فساده ، لعدم نهوض دليل بذلك .

هذا مع أن الكفر هنا عبارة عن عدم الاسلام، وان قلنا أنه أمر وجودي ضد الاسلام ، اذ الحرمان عن الارث انما هو من أحكام عدم الاسلام حتى لو فرض كون الوارث شاكاً غير معترف بالمعارف حرم من الارث قطعاً . ومن الواضح أن عدم الاسلام موافق للاصل وليس مخالفاً .

نعم الظاهر أن الارتداد والقتل ونحوهما مما يرجع الى الأمر الوجودي مانع عن الارث ، فلو شك في شيء منها جرى أصالة عدم المانع اذا لم يكن مسبوقاً بالوجود السابق . كما اذا فرض ارتداد أحد الوارثين وتوبته حيث تقبل توبته واختلفا في تاريخ التوبة مع العلم بتاريخ الموت . فان الحكم فيه أيضاً عدم الارث استصحاباً للارتداد الى تاريخ الموت .

وأما الرقية فان بني على أن العبد لايملك فالظاهر حينئذ كون الحرية شرطاً للارث لا كون الرقية مانعة ، لان حقيقة الارث ـ وهو الانتقال ـ لايتصور في الرق ، فتكون الحرية من شرائط القابلية .

الا ان يقال : ان النسب مقتضي للقابلية والرقية مانعة عنها وان مرجع الحرية الى عدم الرقية ، وفيه تعسف .

وأما على القول بأنه يملك فالظاهر أن الرقية كالارتداد تعد من الموانع ، الا انك عرفت فيما علم تاريخ الموت عدم اختلاف الحال بين كون ذلك مانعاً أو كون ضده شرطاً .

وربما يظهر من بعض الروايات ـ مثل ماورد في فضل الاسلام وأنه يوجب

شرفاً للمسلم فيورث عن الكافر ولا يورث منـه الكافر ـ أن اسلام المورث مانع عن تورث الكافر منه[1] .

(الثالثة) عكس الفرض

بأن علم تاريخ الاسلام دون الموت ، ومثاله في الشرائع تبعـاً للمحكي عن المبسوط والوسيلة وغيرهما من بعض القدماء هو أن يعلم اسلام الوارث في شعبان مثلا وادعى موت المورث قبله .

وهل ينفع فيـه استصحاب بقاء حياة المورث الى شعبان كما ذكره فـي الشرائع وان ذلك من الاصول المثبتة نظراً الى عدم نهوض ذلك الاصل باثبات موت المورث في حال اسلام الوارث وهو السبب للارث دون الحياة فـي حال الاسلام، فيكون من الاصول المثبتة كما نبه عليه الاستاد دام ظله في تنبيهات الرسالة الاستصحابية . وهذا هو الاظهر .

وقد يوجه ماذكره في الشرائع على وجه لايرجع الى الاصل المثبت ويقال: ان استصحاب حياة المورث في شعبان يثبت به سبب الارث شأناً ، لان اسلام الوارث في حياة المورث سبب له على تقدير الموت، والمفروض تحقق الموت أيضاً فالسبب يثبت بالاصل والشرط بالوجدان .

وفيه : ان الثابت بالوجدان هو الموت والثابت بالاستصحاب هو الحياة ، وأما الموت في حال الحياة ـ وهو الذي يترتب عليه حكم الارث ـ فلايثبت به الا على القول بالاصل المثبت .

ثم ان هذا الفرع مما أورد مابه على من توهم عدم تفصيل العلماء في الحادثين المشكوكين من حيث السبق واللحوق بين صورة العلم بتاريخ أحدهما وعدم

(١) الوسائل ج١٧ ب١ عدة من أحاديث الباب من موانع الارث .

العلم رأساً ، مستنداً الى اطلاق كلماتهم في غير موضع من الفقـه كالمجتمعين وتعاقب الحدث والطهارة ومسألة الغرقى والمهدوم عليهم ، الا الشهيد الثاني ومن تأخر عنه .

وجـه الايراد أن الشيخ وابن حمزة والمحقق وغيرهم قد فصلوا في دعوى اسلام الـوارث بين الصورتين، فحكموا في المسألة الاولى بعدم توريث مدعي الاسلام في حياة المورث الا بالبينة وبالتوريث في المسألة الثالثة .

وقد يناقش في أصالة تأخر الاسلام مع العلم بتاريخ الموت كما في المسألة الثانية بأن استحقاق الوارث المعلوم لتمام التركة موقوف على انحصار الوارث فيه ، وهو مما لايترتب فيه على أصالة التأخر وما يجري مجراها في نفي استحقاق مدعي الاسلام الا على القول بالاصل المثبت كما يظهر بالتأمل .

ويدفعه : ان وجود كل وارث مقتض لاستحقاق تمام التركة ، فاذا اجتمع المقتضيان اقتسما من أجل المزاحمة والمخالفة ، فليس الانحصار ان لم يرجع الى أمر عدمي ـ وهو عدم وجود وارث آخر ـ شرطاً ، بـل وجوده مانع يدفع بالاصل .

وأصالة عدم المانع يترتب عليه وجود الممنوع اذا كانت المانعية ثابتة من الشرع ، بأن كان الحكم مترتباً على عدم ذلك المانع شرعاً ، فبعد عدم استحقاق مدعي الاسلام بحكم الاصـل لايبقى اشكال في استحقاق معلوم الاسـلام لتمام التركة . والله العالم .

التقـاط

[ادعاء الارث للمدعى وللغائب]

اذا ادعى داراً في يد غيره أنها له ولاخيه الغائب مثلا ارثاً عن أبيهما وأقام

بينة ، فان كانت كاملة بالخبرة والاطلاع على باطن حال الميت مع الشهادة على عدم وارث آخر فيما نعلم سلم اليه نصف الدار بغير ضمين ، ولو لم تكن كاملة ـ بأن علم أنها ليست أهلاً للاطلاع بمال الميت وان شهدت بانحصار الوارث فيها أو لم تشهد بذلك وان كانت من أهل الخبرة بها ـ ارجىء التسلم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارثاً لظهر ، وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه بضمين استظهاراً واستيثاقاً .

هذا الحكم قد أفتى به في الشرائع وغيره من غير اشارة أو تنبيه على الخلاف ، وفيه مسائل :

(الاولى) عدم جواز العمل بالاصل في نفي الوارث قبل الفحص ، مع أن الموضوعات لا يتفحص فيها عن المعارض .

(الثانية) عدم وجوب الانتهاء فيه الى العلم ، بل يكتفي الحاكم بتضمين الشهود وكمالهم وكونهم أهل الخبرة مع الشهادة بالانحصار أو بتفحص نفسه ، حتى لو كان وارث لظهر ، على وجه يحصل منه الاطمئنان .

والدليل على المسألتين ما أبدينا في غير موضع من نظائر المقام من دليل الانسداد . وبيانه : ان العمل بالاصل في نفي الوارث ابتداءاً من غير فحص يوجب الاختلال والهرج والمرج بالوقوع في خلاف الواقع كثيراً ، والاقتصار على ما يوجب العلم أيضاً فيه تعطيل لحق الحاضر وموجب للاختلال أيضاً . فانحصر المناص في العمل بالاصل بعد الفحص الاكيد تفصياً عن الاختلال اللازم على الامرين من ترك الفحص رأساً والاقتصار على العلم .

ثم ان شهدت البينة الكاملة بالانحصار قضي للحاضر بنصيبه قضاءاً تعليقياً ، كما سبق نظيره في تعارض بينة الداخل والخارج عند ظهور المرجح أو المعارض بعد القضاء لاحدهما . وان لم تشهد به وتفحص الحاكم سلم اليه نصيبه من غير

قضاء لعدم شيء من الموازين. الا أن يدعى قيام ظن الحاكم بالفحص مقام علمه في كونه ميزاناً ، ولايخفى بعده .

(الثالثة) التضمين في صورة عدم البينة الكاملة وعدم التضمين مع قيامها:

أما الاول فللاستيثاق والاستظهار الواجبين فيما يحتمل فيه ظهور الخلاف. وهذا نظير أخذ الكفيل من المدعي في الدعوى على الغائب .

ويمكن أن يستدل عليه أيضاً بأن عدم الدفع رأساً تعطيل لحق الحاضر دائماً ، اذ المفروض حصول الفحص وعدم ظهور وارث آخر ، والتسليم بدون الضامن تعريض لحق الغير المحتمل للضياع والتلف ، فالجمع بين الحقين قاض بالتسليم مع التضمين .

وأما الثاني ـ أعني عدم التضمين مع قيام البينة الكاملة ـ فلاستتمام الحجة من الحاضر وعدم سلطنة للحاكم على الزامه بالضامن مراعاة للاحتمال في مقابل القضاء المستند الى البينة .

[المناقشة في تفسير البينة الكاملة]

واعلم أن ماذكرنا في تفسير البينة الكاملة مأخوذ من المسالك ناسباً الى الاكثر ، وبه صرح في محكي كشف اللثام . وهو غير مرضي عند بعض مشائخنا قدس سره ، حيث استظهر من عبارة الشرائع والارشاد أن المراد بالكمال أن تشهد البينة بعدم وارث آخر وبعدم الكمال أن تشهد بعدم العلم به ، فأسقط اعتبار كون البينة أهل الخبرة والاطلاع لكونه قدحاً في العادل، قال : فالتحقيق الاكتفاء بالشهادة بالنفي مطلقا وعدم الاكتفاء بالشهادة بنفي العلم كذلك .

قلت : الظاهر أن ماذكره صاحب المسالك أوفق بالقواعد وأنسب بكلمات الاصحاب ، لان العلم بعدم الوارث غير معتبر في الشاهد ، اذ يكفي في النفي

عدم العلم بالوجود . بل قد يقال : ان الشهادة بالنفي ساقطة لكونها من بـاب القطع في غير محله كقطع القطاع ، وان كان التحقيق خلافه كما ذكره في المسالك.

الا أن الظاهر عدم الخلاف والاشكال في أن الشهادة بالنفي يكفي فيها عدم العلم بالخلاف ، وقد سبق عدم الاشكال والخلاف في أن الشهادة بالملك السابق مع قوله « ولا أعلم له مزيلا » يكفي في اثبات الملك في الان .

والفرق بينه وبين المقام في غاية السقوط ، فالمراد بالكمال لابد أن يكون ماذكره صاحب المسالك من كونها أهل الاطلاع والخبرة ، ووجه اعتباره في المقام بل في كل مقام يرجع فيه الى الشهادة بالنفي هو أن اعتبار الشهادة منحصر فيما احتمل فيه اصابـة الشاهد بما لم يصبه المشهود له . فـاذا كان الحالان متساويين ـ بأن كان الشاهد مثل الحاكم في الجهل بالحـال وعدم الاطلاع بباطن الامور ـ لم يكن وجه لاعتبار الشهادة حينئذ . بل هذا أصل متبع فـي اكثر الامارات ، فلو علم بأن ذا اليد لايعلم أزيد مما يعلمه غيره لم يكن اخباره حجة عليه فيما يعتبر فيه قوله .

بقي الكلام فيما ذكره في محكي الدروس من أن الكمال هـو أن يكون الشاهد من أهل الخبرة مع الشهادة بنفي وارث آخر أو بعدم العلم ، وهو الذي مشينا عليه في تفسير الكمال ، فبمجرد كونه أهل الخبرة لايكون كاملا .

وهذا له وجه لو كان المدعى به هو أمران : كون الحاضر وارثاً ، وكون الوارث منحصراً فيه . فان الشهادة بالانحصار أمر زائد على أصل الشهـادة . وأما لو كان المدعى به هو الانحصار خاصة ـ بأن كان وارثية الحاضر مسلماً ـ تعين تفسير الكمال بكونه من أهل الخبرة ، لانه اذا كان من أهل الخبرة ولـم تشهد بالانحصار لم تكن شاهداً أصلا ، لا أنه شاهد غير كامل ، كما هو قضية تفسير الكمال بما ذكر في الدروس .

والحاصل ان مصب الدعوى لو كان هو انحصار الوارث فيالحاضر بعد الفراغ عن كونه وارثاً تعين تفسير الكمال بكونها أهل الخبرة ، فالبينة الناقصة مالم تكن كذلك مع الشهادة بالانحصار ولو كان هو كون الحاضر وارثاً مع الانحصار ، بأن يكون أصل الوارثية أيضاً متعلقاً للدعوى كالانحصار . فيمكن تفسير الكاملة بما ذكره في الدروس كالغير الكاملة على هذا التفسير ماشهدت بأصل كون الحاضر وارثاً مع كونه أهل الخبرة والكاملة ماشهدت بكلا جزئي الدعوى ، أعني كونه وارثاً وكون الوارث منحصراً فيه .

هذا كله فينصيب الحاضر ، وأما نصيب الغائبففيانتزاعه من يد ذياليد نظراً الى ثبوت كون الدار مستحقاً للغير وهو الميت بالبينة عند الحاكم أو أقراره في يده لعدم حجية البينة لغير المدعي وان نطقت بثبوت حق الغير . وجهان بل قولان للشيخ في محكي المبسوط والخلاف، والاقوى هو الاخير لما ذكر .

ولا يذهب عليك أنه لاينافي وجوب ترتيب أحكام مال الميت على النصف الباقي من الدار، لان حجية البينة فيمقام العمل مطلقة لاتختص بالمدعى وغيره، وانما المختص به هو القضاء والانتزاع من ذي اليد .

واعلم أن هنا كلاماً يناسب طرفيالخلاف ، حتى أن الشهيد الثاني تمسك به لمختار الشيخ فيالمبسوط ، وهوالثاني . وتمسك الفاضل فيمحكي كشف اللثام به للثاني ، وهو أن الحق للميت والبينة له .

ولكل وجه : لان الحق اذا كان للميت توقف استنقاذه على حضور وليه ، والولي انما هو مجموع الوراث لابعضهم ، فلا يتعرض لحال ذي اليد الى أن يحضر الولي وهو الوارث الغائب . ولان البينة في مقام الالزام والحكم

يخص حجيته بالمدعى وان كان في مقام العمل ووجوب ترتيب الاثر عامة للكل، ولاجل ذلك كان الحكم كما ذكره في المبسوط .

ثم ان الحق اذا ثبت انه للميت كان ذو اليد أجنبياً وجب الانتزاع من يده الى يد أمين، وهو الذي ذكره في الخلاف كما عن الفاضل ، والامر فيه سهل. والله العالم .

التقـاط

[الاختلاف في تاريخ موت احد المورثين]

اذا ماتت المرأة وابنها فقال أخوها مات الولد أولاثم المرأة فالميراث لي وللزوج نصفان ، وقال الزوج بل ماتت الامرأة أولاثم مات الولد فالمال لي. قضى لمن تشهد له البينة ، ومع التعارض يقرع على حسب ماتقرر في تعارض البينات ، ومع عدمها يقضى بأحد الدعويين لانه لاميراث الامع تحقق حيـاة الوارث ، فلاترث الام من الولد والابن من أمه ويكون تركة الابن لابيه وتركة الزوج بين الاخ والزوجة .

وهذا الحكم هنا من الاصحاب جزئي من جزئيات ماذكروه في باب الارث في مسألة الغرقى والمهدوم عليهم من العمل بالاصلين عند اشتبـاه تقدم موت أحد المتوارثين وطرح العلم الاجمالي في غير هاتين المسألتين ــ أعني الغرقى والمهدوم عليهم ــ للنص .

وربما يظهر من بعض مشائخنا أن ماذكره الاصحاب هنا وهناك انما هــو صورة احتمــال تقارن الموتين ، فلو علم السبق في الجملة وشك في السابــق فالمتجه هي القرعة . وهذا وان كان فيه استراحة عن مخالفة العلـم الاجمالي ،

الأأنه تنزيل لاطلاق كلماتهم هنا وفي باب الميراث على فرض بعيد .

وكيف كان فعلى ماذكرنا وفاقاً للاصحاب لايحكم بأرث أحد من الام ولابن عن الاخر بعد تحالف الاخ والزوج أو النكول ، بأن يحلف الزوج على عدم موت الولد أولا ويحلف الاخ على عدم موت الام كذلك ثم يقتسمان تركة الام نصفين كما لو لم يكن لها ولد أصلا ويكون تركة الابن لابيه .

لقد وقع الفراغ من نسخ هذا الكتاب الشريف بتوفيق الله وعونه بيد العبد الاثم أقـل السادة أحمد بن محمد رضا الحسيني في يوم السابع من ربيع الثاني من عـام الخامس والاربعين وثلاثمائة بعد الالـف .

والحمـد لله رب العالمين ، والصلاة على نبيـه خاتم النبيين ، والاصفياء المكرمين والاوصياء المعظمين ، من الان الى قيام يـوم الديـن .

فهرس الكتاب